

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 105.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

Le Mardi 19 Juin 1883, à une heure et demie

PAR

GEORGES-RAPHAEL PICARD

Licencié en Droit

PARIS

IMPRIMERIE A. LAHURE

9, RUE DE FLEURUS, 9

1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DES RÉCOMPENSES

EN MATIÈRE DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

GEORGES-RAPHAËL PICARD

LICENCIÉ EN DROIT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le mardi 19 Juin 1885, à 1 heure 1/2*

Président : M. DEMANTE

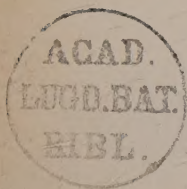
<i>Suffragants</i> }	MM. DUVERGER	} <i>professeurs.</i>
	RENAULT	
	LEFEBVRE	} <i>agrégés.</i>
	RIPERT	

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

IMPRIMERIE A. LAHURE, 9, RUE DE FLEURUS

1883



A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

DIG. I. L. XXIII, XXIV, ETC.

INTRODUCTION

« *La cause de la dot est perpétuelle, et dans l'intention de celui qui la donne, elle est constituée à l'effet de rester toujours dans les mains du mari.* » (Dig., L. 1, 23, 3.) Ce principe, énoncé par Paul, était la conséquence de l'idée que les Romains se faisaient de la dot; et il fut respecté pendant les cinq premiers siècles de la fondation de Rome. On pouvait dire alors que le mari devenait propriétaire absolu de la dot, sur laquelle la femme perdait tous ses droits, quelle que fût la cause de la dissolution du mariage. L'action en restitution de la dot, l'action *rei uxoriæ*, qui ne laisse plus au mari qu'une sorte de droit de propriété imparfait et temporaire, n'apparut que très tard; c'est dans l'abandon lent et progressif des anciennes lois qui régissaient la condition de la femme dans le mariage qu'on doit en chercher l'origine et la cause. Si l'on ajoute que les forces de Rome s'épuisaient dans ses luttes incessantes et ses conquêtes lointaines, et qu'il fallait à tout prix combattre la dépopulation, le plus grand des périls auxquels une nation puisse se trouver exposée, on comprendra facilement que le désir de favoriser les seconds mariages ait été pour quelque chose dans cette innovation qui ne s'est point d'ailleurs créée de toutes pièces, et dont nous allons essayer de retracer brièvement les étapes.

Les origines du régime dotal, dans le Droit romain, sont

fort obscures, et ce n'est guère que par des conjectures, par des inductions qu'on peut en reconstituer l'historique. L'autorité du père de famille ne connaissait point de bornes, aussi bien sur ses enfants que sur ses esclaves; il était maître absolu, sans contrôle, dans sa maison. Le droit de vie et de mort était la sanction brutale de sa puissance. La femme elle-même n'échappait point aux redoutables conséquences de cette organisation de la famille romaine. Le mari, pourvu d'ailleurs qu'il fût soustrait lui-même à la puissance paternelle, acquérait sur elle la *manus* qui la soumettait à la même sujétion.

Le mariage l'enlevait à la famille dont elle était issue, et brisait tous les liens de parenté qui l'y rattachaient, pour la jeter corps et biens, si je puis m'exprimer ainsi, dans une nouvelle famille. La femme devient une fille pour son mari, une sœur pour ses enfants, une parente pour les membres de sa nouvelle maison. Elle n'est plus qu'une étrangère pour son père naturel lui-même dont la succession lui échappe. Était-elle *sui juris* avant son mariage, c'est-à-dire jouissait-elle, à la suite de son émancipation par exemple, de la plénitude de ses droits, le mariage lui enlève toutes ses prérogatives. Comme toute personne *alieni juris*, elle ne peut plus rien posséder en propre ni rien acquérir pour elle. C'est là un des effets les plus remarquables de la *manus*.

Lors donc que la femme *sui juris* passait en se mariant sous la puissance du mari, *in manum mariti*, ses biens tombaient forcément dans le patrimoine de celui-ci. Cette dévolution légale des biens de la femme au mari ou au père de famille n'a donc point le caractère de la dot proprement dite; car la dot, comme son nom l'indique, ne peut consister qu'en un *don volontaire* (Gide, *Du caractère de la dot*, revue de législation étrangère). Aussi, Cicéron disait-il : « *Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine.* »

La femme au contraire était-elle sous la puissance paternelle lors du mariage, elle ne possédait rien personnellement,

et par conséquent ne pouvait rien apporter au mari. C'était donc un devoir impérieux pour le père de constituer une dot à sa fille, car elle sortait de la famille et se dépouillait de tous ses droits sur la succession. Il fallait en outre que le mariage ne fût point une cause de misère et de privation dans le ménage.

Alors on pouvait dire d'une façon absolue que la cause de la dot était perpétuelle, en ce sens qu'elle était acquise au mari sans restriction (Gide). Les historiens romains nous en fournissent la preuve. « Pendant les cinq premiers siècles de Rome, il n'existait aucune action ni stipulation *rei uxoriæ*, sans doute parce qu'il n'en était pas besoin.... *Servius Sulpicius* dit que la nécessité ne s'en fit sentir que lorsque *Spurius Carvilius* répudia sa femme. »

Mais à défaut de textes, les lois primitives sur l'organisation du mariage et les mœurs austères qui régnaient dans la famille justifieraient suffisamment cette règle qui pourrait paraître singulière aujourd'hui.

La *manus*, avons-nous dit, assimilait la femme aux enfants, fils de famille. Or ceux-ci ne possédaient rien en propre. Ils n'avaient de droit sur le patrimoine du père que lors du prédécès de ce dernier, qui pouvait encore les déshériter. La femme, comme les enfants, a droit à la succession de son mari, puisqu'elle est pour lui *loco filix*. A quoi bon, si ce dernier prédécède, lui assurer la restitution de sa dot, puisqu'elle trouve une compensation dans l'hérédité qui lui est dévolue.

D'un autre côté, elle ne peut conserver de biens personnels en se mariant, car elle subit la *minima capitis deminutio*; et c'est une des conséquences légales de la *capitis deminutio* de dépouiller la personne qui l'encourt de ses droits de propriété ou de créance au profit de celui à la puissance duquel elle se trouve soumise. A sa mort, elle ne laisse ni fortune, ni succession. Le mari, devenu, lors du mariage irrévocablement propriétaire des biens de sa femme, les transmettra plus tard lui-même à ses enfants ou à ses autres

parents. L'ascendant qui a constitué la dot peut-il lui-même se plaindre? Non, car la dot représente jusqu'à un certain point l'indemnité donnée à la nouvelle famille de la femme qui s'est accrue d'un nouveau membre. D'ailleurs il ne peut fonder sa réclamation sur sa qualité d'ascendant, puisqu'aucun lien civil ne le rattache plus à sa fille. Il est assimilable à un donateur étranger, et privé comme lui de tout droit de retour. Ses héritiers seraient encore moins bien venus à quereller le mari, car la femme, en se mariant, a abdiqué tous ses droits dans la famille paternelle, et cette abdication leur profite et les enrichit.

Peu à peu, avec l'adoucissement des mœurs, la *manus* tomba en désuétude, et avec elle disparurent ses effets juridiques. La dot elle-même changea de caractère. Autrefois, lorsque la femme changeait de famille par le mariage, la dot constituée par l'ascendant était une sorte de compensation donnée à l'enfant, compensation de la perte de tous ses droits dans sa famille originaire. Il n'en est plus de même au commencement de l'époque classique. La condition de la femme est tout autre. Le contraire se produit. L'épouse conserve ses premiers liens et ses premiers droits de parenté, l'union qu'elle contracte est toute morale; aucun rapport civil ne la rattache à son mari, ni à ses enfants, pour qui elle est une étrangère. Ses parents naturels, à quelque degré qu'ils soient, excluent ses enfants dans sa succession. Le seul moyen qui lui permette de laisser ses biens à ses enfants, c'est de les apporter à son mari, c'est-à-dire de les constituer en dot. « Mais la dot, à plus forte raison, ne devait jamais être restituée, puisqu'elle n'eût pu retourner à la femme ou à ses héritiers sans être par la même perdue pour les enfants. Aussi était-elle acquise au mari en pleine propriété ». (Gide, *Du caractère de la dot.*)

On voit donc que malgré les modifications profondes apportées dans la constitution de la famille, malgré l'abolition de la puissance illimitée du mari sur la femme, et des conséquences rigoureuses et outrées du mariage, la dot restait cependant

perdue pour celle-ci. Ainsi à une époque où il est probable que ces deux formes de mariage, le mariage avec *manus* et le mariage qui laissait à la femme une sorte d'indépendance, subsistèrent à côté l'une de l'autre, si la constitution avait dans les deux cas une cause différente et poursuivait un but opposé, elle conservait toujours cependant sa *causa perpetua* ; c'est-à-dire que le mari avait la propriété incommutable de la dot, nous avons dit pourquoi. Il est vrai qu'au cas de mariage libre, si le mari prédécédait, la dot était perdue sans ressource pour la femme, car elle n'avait aucun droit à la succession de son époux. Mais l'usage avait comblé cette lacune, le mari se faisait un devoir de léguer à la femme sa dot.

Pendant longtemps cette jurisprudence ne présentait point trop d'inconvénients, car la femme trouvait peu d'intérêt à la restitution de sa dot. Elle trouvait dans la loi ou dans l'usage une compensation suffisante. Ce n'est qu'en cas de divorce ou de répudiation qu'elle pouvait être véritablement lésée par la perte de sa dot. Mais, ai-je dit, alors les divorces étaient excessivement rares. Sans doute de tout temps le divorce avait été permis avec des restrictions. Mais pendant près de cinq cents ans les mœurs le repoussèrent. A la femme même, il n'était pas possible à l'origine de divorcer d'avec son mari. Ce dernier seul pouvait la répudier pour certaines fautes. Mais si la répudiation n'était fondée sur aucune juste cause, la loi attribuait à la femme la moitié des biens du mari, et l'autre moitié était consacrée à Cérès.

Mais ce qui à l'origine avait été une rare exception devint pour ainsi dire la règle. Après la prise de Carthage et la conquête de l'Afrique, les richesses affluèrent à Rome, entraînant à leur suite la corruption et la mollesse. Rien ne fut épargné, pas même le caractère antique et sacré du mariage. La femme put répudier son mari, comme le mari pouvait la répudier. Bientôt, sous l'envahissement du luxe et des vices, les Romains perdirent toute modération. Plus les séparations volontaires des époux se multiplièrent, aussi faciles que nombreuses,

plus les anciennes lois qui régissaient la dot devinrent gênantes, et plus il devenait nécessaire autant que juste d'assurer à la femme les moyens de recouvrer sa dot. En effet, le mari répudiait sa femme ; il était inique de laisser la dot entre ses mains : C'eût été lui permettre de se débarrasser, facilement et sans rien perdre, des charges du ménage.

Aussi l'usage s'introduisit-il d'abord de stipuler la restitution de la dot en prévision du divorce. On appelait cette stipulation *cautio rei uxoriæ*, ou *actio ex stipulatu*.

Mais à cette raison d'assurer à la femme la reprise de sa dot, vient bientôt s'en adjoindre une autre plus puissante, qui modifia d'ailleurs de fond en comble la législation sur le mariage et sur la dot ; je veux parler d'un danger terrible dont Rome était menacée à la suite de ses conquêtes et de ses guerres civiles, la dépopulation. Il fallait lutter contre ce malheur ; il fallait multiplier les mariages. C'est ce que fit Auguste. La loi *Julia De maritandis ordinibus* (736 ou 757 de Rome) et la loi *Papia Poppæa* (20 ans avant J.-C.) punirent le célibat, récompensèrent la paternité, imposèrent au père l'obligation de doter sa fille. « Et comme l'abus du divorce mettait le mariage en danger, on chercha à arrêter le péril par l'obligation pour le mari de restituer la dot. » Mais le mal était trop enraciné pour chercher à le combattre de front. On dut bientôt l'accepter tel quel, tout en cherchant à le faire tourner au profit de l'empire. Le moyen était de favoriser les seconds mariages. Il fallait donc, alors même que le divorce était imputable à la femme, l'autoriser à reprendre sa dot, « car c'est pour sa dot qu'on l'épouse. » C'est donc probablement à cette époque et sous l'influence de ces idées qu'on en vint à sous-entendre la clause de restitution, et que le préteur créa l'action *rei uxoriæ* pour suppléer à la convention. Il est donc présumable que l'action fut d'abord introduite pour le cas de divorce. Une fois le principe accepté on en vint facilement à l'étendre au cas de décès du mari, et pour la même raison qui préoccupait les premiers empereurs.

Enfin, en cas de prédécès de la femme, on étendit la nouvelle règle à la dot profectice, c'est-à-dire constituée par le père. Pomponius donne à cette extension ce motif ridicule qu'il ne faut point que le père souffre tout à la fois la perte de sa fille et celle de sa fortune (L. 6, 23, 3).

Nous avons fait pressentir que ce ne furent point là les seules réformes dues à Auguste et à ses successeurs. Une loi fameuse, la loi Julia *de adulteris et fundo dotali* (737 de Rome) vint réprimer l'adultère, et assurer la conservation de la dot en prohibant l'aliénation du fonds dotal sans le consentement de la femme. Cette inaliénabilité, relative au mari sous Auguste, devint absolue sous Justinien; mais cette innovation a sa source dans une idée nouvelle. Ce n'est point pour favoriser les seconds mariages que Justinien cherche à assurer la restitution de la dot, car la doctrine chrétienne les réprouve. C'est parce que le régime dotal a pour but désormais la conservation des biens dans la famille. Sous le droit classique encore, le mari était considéré comme maître absolu de la dot, dont il pouvait disposer à son gré, sauf l'exception introduite par la loi Julia à l'égard de l'immeuble italique, non estimé. Au contraire sous Justinien, les idées changent; le droit du mari sur la dot finit par n'être plus considéré que comme un simple droit de jouissance : « *Corpore et substantia, et omni vita mulieris maritus fungitur.* »

On s'explique donc facilement que Justinien, qui voit dans la femme la propriétaire de sa dot, non seulement maintienne mais encore augmente les garanties qui assurent à celle-ci l'intégrité du bien dotal. Avant lui, la femme avait un *privilegium* entre les créanciers personnels. Justinien va plus loin. Il substitue au privilège d'abord une hypothèque tacite, puis une hypothèque privilégiée.

Je terminerai en disant quelques mots sur les différents modes qui peuvent servir à constituer la dot.

Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur (Ulpian, tit. VI, § 1, reg.) La dot peut se constituer avant ou après le mariage).

Par la *datio dotis*, le mari devient propriétaire de la dot. La dation de la dot comporte tous les moyens employés usuellement à l'effet de transporter la propriété, la mancipation, la cession *in jure*, la tradition. La tradition d'une chose par un non-propriétaire met le mari en mesure d'acquérir la propriété par usucapion.

La *dictio dotis* est un mode spécial de constitution de dot, qui ne peut être employé d'ailleurs que par certaines personnes limitativement déterminées, et qui sont la femme elle-même, l'ascendant mâle, et le débiteur (Ulpien, tit. VI, § 2).

Enfin la *promissio dotis* consiste dans l'adaptation à la dot de la forme générale de la stipulation.

On distingue également trois espèces de dot : la *dot profectice* (*dos profectitia*), celle qui provient du père ou d'un ascendant paternel mâle de la femme ; la *dot adventice* (*dos adventitia*), qui provient de toute autre personne (Ulpien, tit. VI, § 3).

Enfin la *dot réceptice* (*dos receptitia*) (Ulpien, tit. VI, § 5). C'est la qualification prise par la dot adventice, quand celui qui la fournit stipule qu'elle lui sera rendu.

Je traiterai d'abord de la restitution de la dot dans le droit classique, et je terminerai par un chapitre spécial consacré à l'étude des principales réformes de Justinien.

CHAPITRE PREMIER

QUAND, A QUI, ET PAR QUI LA DOT DOIT-ELLE ÊTRE RESTITUÉE ?

§ 1. Quand, à qui, et par qui la dot doit-elle être restituée ?

Il est un principe que la femme ne peut pas agir pendant le mariage. Sa dot correspond en effet à des charges qui pèsent sur le mari pendant toute la durée de l'union contractée par les époux, et qui ne cessent à aucun moment de le grever. Le but de la dot indique également que pendant le même laps de temps il doit être interdit au mari de la restituer, même du consentement de sa femme. Il faut ajouter que la restitution anticipée et volontaire de la dot constituerait de la part du mari une donation du revenu des biens dotaux en faveur de sa femme, donation interdite, comme toute autre libéralité *inter conjuges* (Paul, L. 28, 23, 4).

De là la règle que la dot ne peut être ni demandée ni restituée pendant le mariage.

Cependant cette règle souffre plusieurs exceptions, fondées sur l'intérêt de la femme.

1° *Exceptions au principe que la dot ne peut pas être réclamée par la femme pendant le mariage.*

La première exception a lieu quand l'insolvabilité du mari met la dot en péril (Ulpien, L. 24, 24, 3). « *Il est constant que le droit de redemander la dot complète à la femme du moment où il apparaît très évidemment que les facultés du mari ne suffisent plus pour le payement de cette dot.* » Le magistrat accorde l'action utile, s'il apprécie qu'il y ait urgence.

En second lieu, le mari est condamné à la déportation, et la femme ne demande point le divorce. Il lui est permis de demander sa dot pour son entretien et celui de ses enfants (L. 1. C. de repudio).

2° *Exceptions à la règle que la restitution de la dot ne peut pas être valablement faite au cours du mariage.*

Il est permis au mari de rendre la dot à sa femme : 1° Si elle se charge de pourvoir elle-même à ses besoins (Ulpien, L. 73, 23, 3). Ce peut même être pour le mari une sorte de nécessité dans certaines hypothèses, par exemple s'il est obligé de s'absenter. Le mari peut encore convenir avec la femme qu'il capitalisera les intérêts de la dot pour les lui rendre, si de son côté elle s'engage à suffire à son propre entretien (L. 4, 23, 4).

2° Pour qu'elle paye ses dettes, mais dans le cas seulement où la femme n'aurait pas de biens paraphernaux (Iasse et Glück).

Cependant l'opinion de ces auteurs est contredite par la loi 85, 22, 3, qui suppose que la femme a des paraphernaux plus que suffisants pour acquitter la dette, mais que, le revenu de ces biens étant beaucoup plus productif que celui de la dot, il est de l'intérêt bien entendu des époux de vendre le bien dotal.

3° Afin d'acheter un immeuble convenable.

4° Pour que la femme puisse porter secours à de proches parents dans la nécessité, les racheter de la captivité, ou subvenir à leurs besoins pendant l'exil ou la relégation. Ces proches parents sont le père, le mari, le frère ou la sœur (L. 73, *de jure dot.*).

Je disais tout à l'heure que la restitution volontaire de la dot par le mari pendant le mariage était interdite, parce que cette remise anticipée constituerait une donation illicite entre époux. Pourtant on objecte à cela que toutes les libéralités *inter conjuges* ne sont point prohibées, notamment les donations des fruits ou d'intérêts de sommes d'argent (Ulpien, L. 31 § 6, *de don. int. vir. et uxor.*). Or, le mari qui restitue la dot prématurément peut la répéter, par une *condictio*, et ce « avec les fruits échus depuis le jour de la restitution. » (L. 8, C. *de don. int. vir. et uxor.*; L. 21, D. *de don. int. vir. et uxor.*).

Il semble donc que la prohibition des libéralités entre époux

n'est point le seul motif de l'interdiction de la remise prématurée de la dot. Il faut voir, dans le droit de répétition des fruits, l'application d'un autre principe, que nous avons déjà énoncé : La destination des fruits de la dot est de subvenir à l'entretien du ménage, aux charges du mariage, à l'éducation des enfants ; il ne peut être laissé à la volonté des époux de la changer pendant le mariage : *dotis causa perpetua est*. (Pellat, p. 360.) En outre cette règle qui interdit la remise de la dot pendant le mariage a pour but d'assurer à la femme la conservation de sa dot, qu'elle serait peut-être disposée à dissiper inutilement et inconsiderément, si la légèreté ou l'imprévoyance du mari lui en fournissait le moyen.

Voici les conséquences qui résultent de la combinaison de ces idées :

Le mari a le droit de répéter *la dot, avec ses fruits*, pendant le mariage, ou après sa dissolution, si, dans cette hypothèse, la femme ou ses héritiers n'y ont aucun droit.

Et comme ce n'est point seulement dans l'intérêt du mari que la prohibition est établie, ce n'est point non plus par lui seul que la restitution hâtive peut être critiquée ; et la femme, qui a dissipé sa dot, est en droit d'exiger du mari ou de ses héritiers qu'il la lui fournisse une seconde fois (Cpr. Ulpian, L. 27, § 1, D, *de relig.* XI, 7 ; L. 1, § 5, 33, 4).

En dehors de ces cas exceptionnels, la restitution de la dot ne peut être exigée qu'à la dissolution du mariage, soit par la mort de la femme, soit par la mort du mari, soit par le divorce, soit par l'esclavage de l'un des époux. Nous étudierons successivement ces hypothèses en indiquant pour chacune par qui la dot peut être réclamée ; nous verrons en dernier lieu à qui la dot doit être redemandée.

§ 2. Le mariage est dissous par la mort de la femme.

Il faut distinguer si la dot est profectice ou adventice. Si la dot est adventice, le mari la conserve, à moins que le consti-

tuant ne se soit réservé, par une stipulation expresse, le droit de la retirer. Dans ce cas la dot est appelée réceptice (Ulpien, tit. VI, § 5). Si le mari et la femme trouvent la mort dans un même accident, les héritiers du mari conservent la dot (L. 32, 11, 7).

Le mari est encore obligé de restituer la dot adventice quand il s'est rendu coupable du meurtre de sa femme (L. 10, 24, 3).

La dot est profectice, c'est-à-dire donnée par l'ascendant sous la puissance duquel se trouvait la femme. Elle retourne au donateur sous la déduction d'autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, sans limitation. Si cet ascendant n'existe plus, lors de la dissolution du mariage, la dot reste au mari (Ulpien, tit. VI, § 4). Du reste le mariage est réputé dissous par la mort de la femme quand les époux ne divorcent que dans l'intention de frustrer le père, quand, par exemple, la femme est sur le point de mourir. On donne au père une action utile (L. 5, 24, 2).

§ 3. Le mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce.

Les deux hypothèses sont assimilables. Aussi ne nous occuperons-nous que de la dissolution par le divorce.

Supposons d'abord, pour plus de simplicité, que le divorce a lieu sans la faute de la femme. Il n'y a plus à s'occuper ici si la dot est profectice ou adventice. Il faut avant tout que la femme soit en mesure de se remarier, et, par conséquent, lui rendre sa dot. Mais on doit rechercher si au jour de la dissolution la femme est *sui juris*, ou bien si elle est soumise à la puissance paternelle.

Si la femme est *sui juris*, elle exerce personnellement sa demande en restitution, au moyen de l'action *rei uxoriæ*.

Est-elle en puissance paternelle? l'ascendant est maître de l'action. Mais pour l'exercer, il lui faut s'adjoindre la personne de sa fille, qui peut ainsi s'assurer la surveillance de sa dot (Ulpien, tit. VI, § 6.) C'est au moment de la demande en restitu-

tion qu'il se faut placer pour savoir si la femme est ou non *sui juris*.

Si le père émancipe sa fille avant d'avoir exercé l'action, elle appartient à la fille seule.

Meurt-il avant d'avoir intenté l'action *rei uxoriæ* ? il ne transmet pas son droit à ses héritiers. Si, entre la dissolution du mariage et les premières poursuites, le père subit une condamnation qui le prive de la puissance paternelle, la femme conserve seule l'action (4, 42, D., *de sol. matrim.*).

Si la femme meurt après le divorce et sans avoir mis le mari en demeure, l'action ne passe point à son héritier. La dot revient au père, si elle est profectice. Si elle est adventice, le mari la garde.

Parcourons quelques espèces qui se présentent lorsque la femme est fille de famille.

La fille de famille ne peut pas plus exiger la restitution de sa dot sans le consentement de son père, que celui-ci ne peut la réclamer sans son consentement à elle. Il existe pourtant quelques exceptions.

Le mari, débiteur de la dot, doit être poursuivi devant le tribunal de son domicile. Or, en supposant que ce domicile soit Rome, et que, par suite d'une condamnation, il soit interdit à l'ascendant donateur d'y séjourner, faut-il absolument que ce dernier constitue un mandataire pour que la dot puisse être retirée ? Les lenteurs de cette procédure pourraient avoir des conséquences fâcheuses. La femme reçoit seule sa dot, en fournissant la caution *de rato* (22, § 4, 24, 3).

Il en est de même si le père est prisonnier de l'ennemi. Si le père est fou, son agnat prend la place, et sa dot est payée à ce dernier avec le consentement de la fille, et *vice versa* (L. 65, D. *De sol. et lib.*).

Une fille de famille donne à son futur époux une dot tirée du pécule dont elle a l'administration. Or l'administration du pécule lui confère le droit d'aliéner à titre onéreux les objets qui en font partie, et de recevoir le montant des créances qui pro-

viennent de ces prêts ou de ces aliénations. Elle peut donc, si le pécule ne lui est pas retiré, demander seule le payement de sa dot (L. 24, 23, 3).

Le consentement de la fille de famille doit être donné au moment de la *litis contestatio*. Jusque là il peut être retiré (L. 22, § 5, 24, 3). Si la femme est absente, le père exerce l'action *rei uxoriæ* et fournit la caution *de rato*.

Mais l'absence de la fille peut être volontaire. Elle se cache peut-être pour favoriser son mari et ses héritiers, ou bien encore pour créer des difficultés à son père. Est-il permis à celui-ci d'agir seul pour retirer sa dot? Oui, si son honorabilité est telle qu'il n'y ait rien à craindre en laissant la dot entre ses mains. Dans ce cas il n'est même pas obligé de fournir caution. Mais si sa conduite est suspecte, le juge appréciera s'il doit lui donner l'action en exigeant de lui une caution, ou si au contraire, il doit la lui refuser (L. 22, § 6, 24, 3).

Le mandat donné par le père à un étranger pour recevoir la dot ne lie point sa fille, qui conserve son action pleine et entière, et réciproquement.

Si l'action *rei uxoriæ* ne peut être exercée que par le père et la fille conjointement, il en doit être de même de la réception de la dot. Ce double consentement est nécessaire pour la validité du payement.

Si, lors de la dissolution du mariage, la femme reçoit le payement de sa dot sans l'assentiment de son père, celui-ci peut exiger un nouveau payement, à moins que la femme n'ait conservé intacte la chose dotale.

La restitution de la dot est-elle faite au beau-père à l'insu ou contre le gré de la femme, le mari n'est point libéré. Mais il peut exiger de son beau-père qu'il lui apporte la ratification de la femme.

Enfin, ce qui montre jusqu'à quel point on cherchait à conserver à la dot sa destination, et à en assurer à la femme la restitution et les avantages, c'est qu'alors même que l'ascendant de la femme devenait l'héritier du mari, les droits de la

femme restaient entiers. En effet, de ce que le père hérite du mari, il ne doit résulter aucun dommage pour la femme, puisque le père lui-même ne pouvait ni demander la restitution de la dot, ni en recevoir le payement sans la volonté de sa fille (L. 2, C. sol. matr.).

Si la femme est *sui juris*, ai-je dit, l'action *rei uxoriæ* lui appartient à elle seule. Cependant si la femme est en danger de mort lors du divorce, une action utile est donnée au père pour réclamer la dot en son lieu et place.

Au décès de l'ascendant, l'action passe tout entière à la fille, même exhéredée. Mais à quelle époque doit remonter le décès pour que cette dévolution s'opère au profit de la femme, et à l'exclusion des héritiers du *de cujus*? On trouve la solution de cette question dans la loi (31, § 2, 24, 3). Voici l'espèce : Un père nomme un procurator, un mandataire qu'il charge d'intenter l'action en restitution. Le juge accueille la demande; mais le père meurt avant que la condamnation soit mise à exécution. La femme recueille seule le bénéfice de la sentence, et a seule droit au montant de la dot. Cependant il résulte d'autres textes que la *litis contestatio* fixe définitivement les droits de l'ascendant et de la femme. C'est à ce moment que l'on examine si la femme est *sui juris*, ou *alieni juris* (L. 22, § 5, 24, 3).

Si le divorce est imputable à la femme, le droit de réclamer sa dot n'est point perdu pour elle. Seulement elle subit comme punition une retenue dont nous nous occuperons plus loin.

§ 4. Un des époux subit une maxima capitis deminutio.

La *maxima capitis deminutio* est la conséquence de l'état de servitude encourue à la suite d'une condamnation, ou de la captivité chez l'ennemi : elle fait perdre à celui qui l'encourt la liberté et le droit de cité.

La *maxima capitis deminutio* provient-elle d'une autre cause que de la captivité chez l'ennemi, ses effets sont comparables à ceux de la mort.

A-t-elle au contraire pour cause la captivité de l'un des époux, il faut distinguer ; la fiction du *postliminium* s'oppose à ce que l'on puisse considérer l'époux prisonnier comme mort dès le jour où il a été pris. Ce n'est que lorsqu'il décède captif qu'on le répute mort du jour de sa captivité (L. 10, 24, 3).

S'il reconquiert sa liberté et revient à Rome, son mariage n'en reste pas moins considéré comme dissous. Mais c'est au jour de son retour seulement que l'action *rei uxoriæ* s'ouvre. On opère comme s'il y avait eu divorce au moment de la captivité (L. 8, 49, 15).

La déportation ne dissout pas nécessairement le mariage, car elle n'entraîne que la *dimidia capitis deminutio*. Cependant le conjoint du condamné est libre de reprendre sa liberté.

§ 5. La dot est réceptice.

Le constituant seul a droit de demander la restitution. La clause emprunte-t-elle la forme d'une stipulation, le constituant agit au moyen de l'action *ex stipulatu*. Si elle est faite sous la forme d'un simple pacte, le constituant ne peut agir que par l'action *præscriptis verbis* ou la *condictio ob rem dati* (L. 10, C. 2, 3, et L. 6, C. 5, 12).

§ 6. Par qui la dot doit-elle être restituée.

Deux hypothèses sont à prévoir :

1° Le mari était *sui juris* au jour de la constitution de la dot. Soit que la dot lui ait été constituée à lui-même, soit qu'elle ait été reçue par un tiers sur sa désignation, c'est toujours contre lui que doit être intentée l'action *rei uxoriæ* (L. 22, § 12, 24, 3).

2° Le mari était *alieni juris*. Il faut établir une sous-distinction. Si le père de famille a reçu la dot, c'est lui qui est tenu de l'action pour le tout. Il en est de même si le fils l'a reçue sur l'ordre de son père. Elle est donnée également contre le fils s'il est héritier du père. Alors l'action exercée contre celui-

ci prend le nom d'action *quod jussu*. La dot a-t-elle été constituée au fils seul, sans l'assistance ou l'ordre de son père, la femme n'a contre ce dernier que l'action *de peculio* ou *de in rem verso*; elle a contre son mari l'action *rei uxoriæ*.

Au cas d'adrogation, les biens du mari, y compris la dot, ont passé à l'adrogeant, qui devient dès lors le débiteur de la dot.

Le fils de famille marié est-il adopté par un tiers, il retire du patrimoine paternel la dot de sa femme; car la dot doit aller où vont les charges du mariage. L'adoptant est donc soumis à l'action en restitution (L. 56, § 1, 23, 3).

Enfin la dot peut être réclamée aux héritiers du mari. Le mari *sui juris* a choisi son beau-père pour héritier, et ce dernier meurt après avoir fait adition; la femme exerce l'action *rei uxoriæ* contre son héritier (L. 44, pr. 24, 5).

En cas de confiscation, *l'ærarium est loco heredis*, et la femme peut exiger la distraction de sa dot (L. 31, 24, 3).

Le mari est fils de famille; l'ascendant sous la puissance duquel il se trouve meurt après l'avoir exhéredé. Tant qu'il n'y a pas adition faite par l'héritier institué, la femme se trouve dans l'impossibilité de reprendre sa dot. En effet elle ne peut pas attaquer l'héritier qui n'est pas encore connu; d'autre part le mari n'est pas poursuivable, car il n'a point reçu lui-même la dot, et n'est pas l'héritier de celui qui l'a reçue (L. 31, 24, 3).

Si les poursuites sont exercées contre le père de famille, nous verrons qu'on déduit du pécule ce que son fils lui doit personnellement ou doit aux autres personnes placées sous sa puissance.

CHAPITRE II

DE CE QU'ON PEUT DEMANDER PAR L'ACTION EN RESTITUTION

§ 1. La dot a été constituée par dation.

La restitution de la dot doit évidemment comprendre ce que le mari a reçu en dot. Mais à cet égard plusieurs distinctions sont à faire.

D'abord la dot peut consister en *quantités* ou en *corps certains*. Ensuite les objets apportés en dot, quelle qu'en soit la nature, peuvent avoir fait l'objet d'une estimation.

La dot a pour objet une quantité, quand elle comprend des choses qui se consomment par le premier usage. Alors le mari se libère en restituant des choses semblables, de quantité et de qualité égales, car il est considéré comme emprunteur ou comme un quasi-usufruitier. Il pourrait sans doute rendre les choses mêmes qu'il a reçues, à condition qu'elles ne fussent point dépréciées. Le mari supporte les risques, même les cas fortuits, car il est débiteur de choses de genre (L. 42, 23, 3).

En second lieu les choses apportées en dot ont été estimées. Ici, avons-nous dit, la nature des objets dotaux est indifférente, car l'estimation convertit l'objet dotal en une créance au profit de la femme.

Le mari est considéré comme acheteur des choses qui lui sont livrées avec estimation, et c'est dans la somme d'argent, montant de l'estimation, que réside la dot. Il est soumis à toutes les obligations et supporte tous les risques de l'acquéreur. La perte ou la détérioration de la chose estimée ne le libère point. *Æstimatio facit venditionem*.

« Le mari a donc intérêt à ce que les choses qu'il reçoit en dot ne soient pas estimées, afin de n'en pas supporter les risques, surtout si ce sont des animaux ou des vêtements à l'usage de la femme. Car si ces vêtements ont été estimés, et que la femme

les ait usés, il payera néanmoins l'estimation. » (L., 10, 23, 3.)

Mais il est bien entendu que, la constitution de dot étant la cause de cette estimation, l'effet de cette sorte de vente est conditionnel et ne reçoit sa perfection que lorsque le mariage a lieu (L., 10, § 4, 24, 3). Ainsi avant le mariage, la chose livrée au mari avec estimation ne pourrait être usucapée ni *pro emptore* ni *pro suo*. La condition *si nuptiæ sequantur* entraîne encore cette autre conséquence que si les objets estimés viennent à périr avant la célébration du mariage, l'obligation du mari ne peut plus prendre naissance, faute d'objet (Accarias, n° 313, note 3).

Si le mari encourt les risques de la chose, il garde pour la même raison tout ce qui peut provenir de la dot, tel que la part des esclaves (L. 66, § 3, 24, 3) ou encore le legs ou l'hérédité laissée à l'esclave dotal.

En cas d'estimation encore, le mari, assimilé à un acheteur peut agir en garantie par l'action *ex empto* (*fr., vat.* § 105). Si au contraire l'objet n'avait pas été estimé, la solution serait différente, selon que la dot aurait été constituée par *dictio* ou par *datio*. Par *dictio*, le constituant doit garantie, car une obligation survit à l'éviction. Par *datio*, au contraire, il résulte en réalité de l'éviction qu'aucune dot n'a été constituée ; mais aucune obligation ne subsiste et par suite aucun droit à la garantie ; sauf pourtant l'action *de dolo* au cas de mauvaise foi.

Supposons maintenant qu'à la suite de la déclaration de la valeur de l'objet, on convienne que l'estimation ne vaut pas vente. Cette clause est appelée *æstiamio taxationis causa facta*. Le mari ne doit pas garder la dot pour lui, à charge de rendre à la femme le prix d'estimation ; il doit la chose elle-même. Le but de l'estimation est seulement de déterminer la somme que le mari aura à payer si par sa faute la chose périt ou subit des détériorations. Elle sert en outre à augmenter sa responsabilité (Domat, p. 329). Les cas fortuits qui ont occasionné la perte de la chose restent à la charge de la femme, si le mari n'a rien à se reprocher, et ce dernier ne gagne que les fruits (L. 69,

§ 7, 23, 3). En outre puisqu'il n'y a point vente, et que le mari est tenu de restituer l'objet même de la dot, celui-ci en cas d'éviction, n'a point le bénéfice de l'action en garantie contre sa femme, pourvu néanmoins qu'elle soit de bonne foi ; car si elle avait connu la cause de l'éviction, le mari aurait contre elle une action *in factum*, dont le résultat serait, à l'infamie près, comparable aux effets de l'action *de dolo* (L. 69 § 7, 23, 3).

Il est encore une autre hypothèse où l'estimation ne vaut point vente ; elle se trouve dans la loi 10, § 6, *de jure dot.* Des choses ont été données en dot avec estimation, mais en convenant que le mari rendrait ou l'estimation, ou les choses elles-mêmes. Le choix est-il réservé à la femme, le mari doit se comporter pendant le cours du mariage comme s'il était débiteur de l'objet lui-même. S'est-il réservé le choix, il peut disposer à son gré de cet objet. Cependant dans le cas où la chose n'existe plus à la dissolution du mariage, il reste absolument tenu de fournir l'estimation, d'après les principes qui régissent les obligations alternatives. S'il n'est point fait de réserve expresse du choix dans l'acte de constitution, il appartient, d'après les mêmes principes, au mari débiteur. Les risques de la perte totale étant à la charge du mari, il est équitable qu'il profite de tous les produits et accessoires de la chose (L. 17, § 1, 23, 3).

En dehors des hypothèses où la dot consiste en choses qui se consomment par le premier usage ou estimées sans réserve, le mari devient bien propriétaire des choses dotales, mais son droit de propriété est soumis à de graves restrictions. En même temps que propriétaire de ces choses, il en est débiteur. De cette double qualité, on conclut que s'il peut disposer valablement des biens dotaux, il faut au moins que l'aliénation ne nuise pas à la femme, ou ne soit pas inopportune (L. 21, *de manum*, XI, 1). La vente des meubles dotaux resta toujours permise au mari, dans l'intérêt bien entendu de la femme, car ils sont exposés à périr ou à se détériorer facilement. Il n'en était point de même des immeubles à la durée desquels on ne

peut assigner de limites. Aussi la loi *Julia de adulteriis* défendit-elle au mari de les aliéner sans le consentement de sa femme (Paul, I, 21, § 2).

Le mari, disons-nous, doit rendre les objets non estimés, à la dissolution du mariage, en nature et dans l'état où ils se trouvent. Si donc ils ont péri, il est libéré; s'ils ont subi seulement des détériorations, il ne doit pas compte de la moins-value, à moins pourtant que ce ne soit après le divorce et la mise en demeure du mari que les choses dotales se soient détériorées, sans s'occuper aucunement de savoir si le mari les a ou non possédées depuis (L. 26, *de sol. matrim.*). Mais pour être déchargé de la responsabilité de la perte ou de la détérioration de la dot, il faut qu'il soit exempt de faute ou de dol (L. 17, 23, 3). Car c'est dans son propre intérêt qu'il reçoit la dot. Sa responsabilité ne se borne donc pas au dol, comme celle du dépositaire qui n'est pas intéressé dans l'affaire. Mais elle ne va pas non plus jusqu'à la faute très légère, c'est-à-dire celle que ne commet point un bon père de famille, considéré *in abstracto*. Il suffit que le mari fasse preuve dans la gestion de la dot de la même diligence qu'il apporte à ses propres affaires. Sa responsabilité est celle de l'associé. S'il est en puissance, son père, est, relativement aux choses dotales, soumis aux mêmes obligations (L. 72, § 1, 23, 3). D'ailleurs la responsabilité est la même, qu'il s'agisse de choses corporelles ou incorporelles.

Il existe une différence importante entre le dol ou la faute du mari. Si, par son dol, le mari se met dans l'impossibilité de restituer, ou se refuse de mauvaise foi à effectuer la restitution, il peut être condamné à payer l'indemnité que la femme elle-même fixera sous la foi du serment. En cas de faute simple, au contraire, la détermination de l'indemnité est laissée à l'appréciation du juge (L. 25, § 1, 24, 3).

Le mari doit donner caution à la femme de ne commettre ni dol, ni faute dans la restitution de la dot. La femme, de son côté, est obligée de donner caution à son mari toutes les fois

que la gestion de la dot l'expose à des poursuites postérieures à la dissolution du mariage (L. 25, § 4, 24, 3).

Citons quelques exemples à l'appui de la règle que le mari est responsable de son dol ou de sa faute :

1° L'éviction dolosive de la chose dotale engage sa responsabilité ;

2° Le mari qui a négligé frauduleusement d'exiger la dot, ou qui par son incurie a laissé le débiteur devenir insolvable, est responsable envers la femme ;

3° Il lui est défendu d'exercer des cruautés sur les esclaves dotaux (L. 24, § 5, *sol. mat.*).

4° Enfin l'action *rei uxoriæ* l'oblige à réparer toutes les conséquences de son dol. S'il vend les objets apportés en dot sans estimation, et malgré sa femme ou à son insu, il est tenu de rendre non le prix de la vente, mais la valeur des objets.

2. Des fruits, des produits et des accessoires de la chose constituée en dot.

Nous ne nous occuperons point des objets constitués en dot avec estimation. Car l'estimation de ces choses produit les mêmes effets que la vente ; et par conséquent tous les fruits et tous les produits qui en proviennent appartiennent au mari. Je m'occuperai donc uniquement des choses dotales non estimées.

Une des destinations de la dot est d'augmenter les ressources du ménage. Pour obtenir ce résultat, il est nécessaire que les revenus du fonds dotal appartiennent au mari. Car, puisqu'il soutient lui seul et lui-même les charges du mariage, il est juste que ce soit lui seul aussi qui perçoive les fruits. Mais qu'on n'aille point croire qu'il soit tenu de rendre compte à la femme de l'excédent des produits de la dot sur les besoins du ménage. Rien ne l'oblige à justifier qu'ils ont été réellement consommés (L. 7, 23, 3).

Cependant les fruits perçus avant le mariage sont réunis à la dot, à moins de convention spéciale ; car dans cette hypo-

thèse ils sont réputés faire l'objet d'une donation, et par conséquent le mari est dispensé de les rendre (L. 8, 23, 3). La donation est valable comme ayant eu lieu avant le mariage.

Mais le mari conserve-t-il tous les fruits, naturels ou civils, perçus pendant le mariage? Non. Les fruits de la dot, soit qu'il s'agisse de fruits naturels tels que les récoltes, le croît des troupeaux (à charge de remplacer les bêtes mortes), etc., ou de fruits civils, par exemple des revenus d'une créance dotale, n'appartiennent au mari que proportionnellement aux charges, c'est-à-dire à la durée du mariage. Et encore faut-il qu'il ne soit pas intervenu de convention portant que les fruits ou les intérêts eux-mêmes resteraient dotaux, et seraient capitalisés comme tels (L. 69 § 1, 23, 3).

Les fruits naturels, comme les fruits civils, ne sont acquis au mari que jour par jour. Le mari n'y a droit qu'à dater du mariage ou de la mise en possession postérieure à la célébration du mariage (L. 5, 24, 3).

La tradition a-t-elle été faite avant le mariage, le mari ne gagne cependant les fruits qu'à dater de la célébration, car il n'y a point de dot *sine matrimonio* (6, 24, 3), (3, 23, 3).

La tradition est-elle postérieure, le mari était libre, lors du mariage, d'exiger la livraison; il ne l'a point fait, il est donc censé s'être tacitement obligé à supporter lui seul les charges du ménage, et ne gagne les fruits qu'à dater du jour où il est entré en possession.

Le point de départ pour calculer la part proportionnelle des fruits à laquelle le mari a droit est donc le jour du mariage, si la tradition est antérieure, ou de la tradition du fonds, dans le cas inverse.

Les frais de labour et de semence et les dépenses d'entretien doivent être considérés comme une charge des fruits et, à ce titre, être répartis proportionnellement à ces derniers.

Il est d'autres produits industriels qui, à la différence des produits naturels proprement dits, épuisent peu à peu le fonds dont on les tire. Je veux parler des produits des carrières et

des mines, et des arbres dont la destination n'est pas d'être abattus en coupes réglées et périodiques, les futaies par ex.

Quant aux mines et aux carrières, les extractions en appartiennent au mari, quelle que soit l'époque à laquelle remonte l'exploitation (47, § 13, D, *sol. matrimo.*) C'est du moins l'opinion de M. Demangeat : Pothier, pour soutenir le contraire, est obligé de recourir à une transposition de négation, procédé ingénieux peut-être, mais trop facile. M. Demangeat, au contraire, respecte le texte et aussi, je crois, l'esprit de la loi. D'après lui les blocs de marbre, dès qu'ils sont extraits de la carrière et à quelque époque que ce soit, appartiennent au mari. Mais il ne peut exiger d'indemnité pour les frais d'ouverture qu'autant qu'il a créé une source durable de revenus. Si la carrière est épuisée lors de la dissolution du mariage, il est bien vrai que le mari conserve les produits qu'il a retirés à ses frais ; mais cependant si le fonds a été dégradé par l'ouverture ou l'exploitation de la carrière devenue improductive, il est juste que le mari indemnise la femme.

« Dans le cas au contraire où l'exploitation pourra se prolonger après la dissolution du mariage, de telle sorte que la femme qui recouvre son immeuble le trouve plus productif qu'il n'était autrefois, le mari gagne les produits par lui perçus, comme en général il gagne les fruits, et de plus il est juste que la femme rembourse la dépense dont elle va profiter. » (Demangeat, *du fonds dotal*, p. 388.)

Les arbres qui n'étaient pas *cædua*, c'est-à-dire mis en coupe réglée, n'appartiennent pas au mari qui doit en rendre compte à la femme.

Un trésor a été trouvé sur le fonds dotal. Le mari doit restituer à la femme la moitié qu'il a touchée comme propriétaire du fonds (L. 7, § 12, 24, 3).

En dehors de l'objet apporté au mari sans estimation, la femme a encore le droit de réclamer tous les accessoires, tous les accroissements de la dot, sans distinguer s'ils se sont réalisés ou non pendant le mariage. Il suffit pour qu'il y ait lieu à

restitution que le bien dotal ne soit pas destiné à les produire.

Telle est l'alluvion.

Telle est la part des esclaves dotales; le legs ou l'hérédité dévolue à l'esclave, et que le testateur n'a point entendu laisser au mari (L. 65, 23, 3; L. 4, 10, §§ 1 et 2; L. 31 § 4, 24, 3). Le défunt a-t-il agi *contemplatione mariti*, le mari conserve le legs ou l'hérédité, car l'acquisition est faite *ex re mariti*. Mais faut-il dire avec Pothier que le testateur doit déclarer expressément qu'il teste en vue du mari? Le contraire semble résulter du texte de Pomponius. L'immeuble légué à l'esclave dotal est comme tel inaliénable (L. 3, pr. 23, 5). Mais on doit considérer comme fruits les acquisitions provenant *ex operis servi*.

§ 3. Du retrait d'indivision.

Il faut supposer qu'une portion indivise d'un immeuble a été constituée en dot à la femme. Le copropriétaire intente contre le mari l'action en partage.

Deux espèces sont à prévoir.

1° Le fonds est adjugé au tiers copropriétaire. La restitution à laquelle peut prétendre la femme est de la somme à laquelle le tiers a été condamné envers le mari (L. 78, § 3, 23, 3).

2° Le fonds est-il adjugé au mari, la partie donnée en dot reste assurément dotale. Mais, en cas de divorce, la portion autre que celle qui forme la dot, et dont le mari s'est rendu acquéreur, est comprise dans la restitution, quelle que soit la volonté des époux, pourvu bien entendu qu'elle soit restée dans les mains du mari. « Ni l'un ni l'autre ne devrait être écouté dans la résistance qu'il ferait à cet arrangement. » La femme doit rendre au mari le prix qu'il a payé au copropriétaire. Les jurisconsultes sont généralement d'accord pour décider que, pendant le mariage, la portion seule qui a été donnée en dot est dotale.

§ 4. Constitution d'un usufruit en dot.

Plusieurs hypothèses sont à étudier.

1° Supposons d'abord qu'un mari a reçu en dot l'usufruit d'un fonds dont un tiers était propriétaire. Si le mari prédécède, l'usufruit s'éteint et va rejoindre la nue-propriété. La femme ne peut rien réclamer ni des héritiers du mari, ni du nu-propriétaire.

Le mariage est dissous par la mort de la femme. L'usufruit subsiste sur la tête du mari jusqu'à la mort, ou jusqu'à ce qu'il ait laissé éteindre son droit par le non-usage.

Ce n'est qu'au seul cas où le mariage est dissous par le divorce qu'il peut y avoir lieu au retransfert de l'usufruit. Or comment le mari s'y prendra-t-il pour retransférer l'usufruit à la femme? L'usufruit est intransmissible à toute personne, sauf au nu-propriétaire. La cession juridique faite à un étranger n'a d'autre effet que de dépouiller l'usufruitier au profit du maître de la propriété. Il est donc nécessaire que le mari recoure à des expédients qui lui sont fournis d'ailleurs par l'usage en matière d'usufruit. Il loue ou vend l'usufruit à la femme pour une somme minime, pour un écu (L. 66, 23, 3), car le prix ne doit pas être sérieux, puisqu'il faut que la restitution soit gratuite. Le droit continuera de résider sur la tête du mari, jusqu'à sa mort ou sa *capitis deminutio*, et pendant toute sa durée, la femme aura la faculté de percevoir les fruits. Un autre moyen encore. Le mari cède *in jure* au nu-propriétaire l'usufruit qui grève son fonds, à condition que celui-ci transfère à son tour l'usufruit à la femme.

La même solution doit être donnée soit que le tiers propriétaire ait donné l'usufruit de son fonds à titre de dot, soit que la femme ait constitué en dot l'usufruit qu'elle avait sur le fonds d'un étranger.

2° La femme a constitué en dot à son mari un usufruit qui lui appartenait à elle-même, et qui portait sur un fonds dont celui-ci avait la nue-propriété. L'usufruit s'est trouvé éteint

par consolidation. Mais, à la dissolution du mariage, l'action *rei uxoriæ* permet à la femme d'exiger du mari que celui-ci lui cède un nouvel usufruit, équivalent au premier, puisqu'il portera sur le même immeuble et reposera sur la même tête.

3° Enfin la femme, propriétaire d'un immeuble, en constitue l'usufruit en dot à son mari par une *in jure cessio*. Si le mari prédécède, l'usufruit s'éteint, donc point de difficulté. Le mariage cesse-t-il par le divorce, et la femme est-elle encore propriétaire du fonds, le mari est tenu de lui retransférer juridiquement l'usufruit. Si la femme a aliéné l'immeuble en pleine propriété, l'action *rei uxoriæ* oblige également le mari à consentir à l'acquéreur l'*in jure cessio* de l'usufruit qui en opère l'extinction. L'*in jure cessio* faite à la femme produit le même résultat.

Le non-usage pendant deux ans fait perdre l'usufruit. Si la femme a conservé la propriété de son immeuble, elle ne peut élever aucune réclamation, car elle a recouvré par anticipation sa dot. Mais si elle a aliéné la nue-propriété du fonds, en se réservant l'usufruit donné en dot, l'acquéreur profite seul de l'extinction de cet usufruit; aussi la femme a-t-elle droit à la réparation du préjudice qu'elle éprouve (L. 78 § 2, 23).

§ 5. Quand le mari est-il censé avoir reçu la dot, principalement lorsqu'elle a été constituée par promesse?

Il faut, mais il suffit que la chose dotale ait été livrée sur l'ordre du mari pour que ce dernier soit tenu à restitution. Il importe peu que la tradition ait été faite à un tiers *adjectus solutionis gratia*. Peu importe également qu'il ait été fait novation ou acceptilation avec le débiteur de la dot : *Si le mari n'avait pas fait acceptilatio et que le débiteur eût cessé d'être solvable, nous examinerions si c'est par la faute du mari que la somme n'aurait pas été exigée; mais puisque le mari en a fait acceptilatio les risques doivent de toute manière retomber sur lui; car c'est comme s'il eût reçu l'argent et l'eût ensuite rendu au promettant* (L. 49, 23, 3).

Mais supposons que le mari, sans faire *acceptilatio* de la dot, se soit mis cependant par sa négligence dans l'impossibilité de la recouvrer. Jusqu'où va sa responsabilité ou, si l'on aime mieux, quelle sorte de diligence a-t-on le droit d'exiger de lui? On a voulu faire une exception, en ce qui concerne les créances, à la règle que le mari n'est tenu que de la diligence qu'il apporte à ses propres affaires. « Pour les choses qui matériellement sont au pouvoir du mari, a-t-on dit, ou employées par lui aux besoins communs des deux époux, on comprend qu'on exige de lui seulement les soins qu'on attend d'un associé. Mais il en est autrement des créances. Le mari pourrait exiger que la femme fit elle-même le recouvrement et lui remit ensuite l'argent en nature; s'il entreprend lui-même ce recouvrement, il se charge en quelque sorte de l'affaire d'autrui, et il doit être tenu de la diligence la plus exacte, comme un mandataire. » Gluck, *Pandectes*, LXXV, p. 34. M. Pellat n'est pas de cet avis (textes sur la dot, p. 230). « C'est autant dans son propre intérêt que dans celui de la femme que le mari doit poursuivre le débiteur de la dot. Il y a donc même raison ici qu'ailleurs de borner la responsabilité du mari au cas où il a été plus négligent pour cette affaire que pour les affaires du même genre qui lui sont propres. » Ainsi, quand le mari a poursuivi le recouvrement de la dot avec le même zèle que s'il se fût agi d'une créance personnelle, il ne doit à la femme que la cession de ses actions.

L'application de cette règle est fréquente quand la dot a été constituée par promesse. Nous dirons que, si le mari n'a point reçu la dot promise, il n'est point responsable, à moins qu'il n'ait commis une faute lourde qu'il ne commet pas habituellement. Par exemple il a négligé de poursuivre le débiteur, alors que ce dernier était solvable, et que le remboursement de la dette était probable. Le mari ne peut également et en aucun cas se soustraire à la restitution quand il a pris sur lui les risques de la solvabilité du débiteur (L. 33, 23, 3), ou

qu'en acceptant la promesse il connaissait parfaitement l'insolvabilité. Cependant nous avons déjà fait pressentir plus haut qu'il n'en est pas ainsi quand il eût été odieux ou ridicule pour le mari d'exercer des poursuites contre le débiteur de la dot.

En effet Ulpien (L. 33, 23, 3) signale une profonde différence entre le cas où le tiers qui a promis la dot l'a fait par nécessité, et celui où l'on ne doit la promesse qu'à sa seule volonté, *animo donandi*. Le mari, dit-il, est excusable de n'avoir point contraint rigoureusement au paiement un homme qui avait fait une donation, et qu'il n'aurait fait condamner que jusqu'à concurrence de ses facultés, c'est-à-dire qui aurait pu invoquer le bénéfice de compétence. Il faut admettre toutefois, notamment, que le donateur peut opposer au mari, [comme à la femme donataire, l'exception *in id quod facere potest* ; autrement, s'il n'y avait pas eu impossibilité pour le mari d'exiger le paiement, le mari serait tenu de l'action *rei uxoriæ*. Dans l'hypothèse où la dot a été promise par la femme elle-même ou par son père, la femme doit également courir les risques de sa dot. « Car quel est le juge qui accueillerait favorablement la prétention d'une femme qui viendrait se plaindre de ce que son mari n'a pas forcé au paiement son père ? A plus forte raison, quand elle lui reprocherait de ne l'avoir point actionnée elle-même ? » Le mari se libère donc envers la femme ou son père en leur faisant remise de l'obligation qu'ils ont contractée envers lui.

Étudions maintenant quelques hypothèses qui se présentent lorsqu'un débiteur de la femme a été délégué par elle à son mari. 1^o Ce dernier accepte la délégation, connaissant l'insolvabilité du débiteur. Il prend les risques à sa charge. 2^o La femme donne ordre à son mari de faire *acceptilatio*. La perte est à la charge de la femme. Si l'*acceptilatio* a lieu après le mariage, il y a destruction de dot. Précède-t-elle le mariage, il y a extinction d'une créance qui n'était pas encore dotale (L. 36, 23, 3). 3^o Le mari fait-il novation ou acceptation avec

le tiers délégué, sans consulter sa femme, il prend à sa charge les risques qui jusque-là étaient pour la femme (35, 23, 3).

En résumé la dot, promise par la femme, par le beau-père, ou même par un tiers, est aux risques de la femme, à moins qu'on ne puisse reprocher au mari son défaut de diligence dans les poursuites, défaut dont on ne pourrait lui faire reproche qu'autant que le promettant ne serait ni la femme, ni son ascendant, ni un donateur (L. 35, 25. 3). Mais quand le mari fait novation avec le promettant, la créance primitive, dont la femme encourait les risques, cesse d'exister. Le mari est censé avoir reçu du débiteur la somme due, et la lui avoir prêtée ; il est donc responsable du recouvrement de la créance.

En cas de délégation faite par la femme au mari d'une créance sur un tiers, celle-là souffre seule ai-je dit, de l'insolvabilité du débiteur, survenue avant que le mari puisse agir (L. 41, § 3, 23, 3). Il est vrai qu'en règle générale, en cas d'insolvabilité du délégué, le délégataire n'a point de recours contre le délégant, sauf quand il a été convenu expressément ou tacitement que la délégation se faisait aux risques du délégant. Mais il n'en est pas de même à l'égard du mari délégataire. Il n'est responsable de l'insolvabilité que s'il a retardé imprudemment ses poursuites ; *car, dit Pellat, il ne prend pas une nouvelle créance en place d'une ancienne qui serait éteinte par novation ; en vertu de quoi il courrait la chance de l'insolvabilité du nouveau débiteur, comme auparavant il courrait la chance de l'insolvabilité de l'ancien débiteur. Pour rejeter cette chance sur une autre personne, il faudrait une convention spéciale. Au contraire, il n'a pas envie de mettre fin à un rapport antérieur, mais d'en commencer un et de se constituer, en recevant une dot, éventuellement débiteur de sa restitution. Il s'agit donc de savoir ce qu'il aura à restituer, et pour cela de savoir ce qu'il aura reçu* (Pellat, p. 169). S'il n'a rien reçu, il est libéré par la cession de son action, à moins qu'il ait négligé d'agir en temps opportun, et contre son habitude ; *car sa faute doit être appréciée in concreto.*

Mais, si le mari a assumé les risques, il est évident que la restitution peut toujours lui être demandée.

Ce que l'on peut dire d'une créance de quantité, il faut le dire également d'une créance de corps certain (L. 56. p. 25. 3). Les mêmes règles sont d'ailleurs applicables à la cession de créance (Pellat. p. 170).

Nous terminerons en disant quelques mots de l'hypothèse où la dot consiste dans la libération d'une dette dont le mari était tenu.

Une femme convient avec son mari, qui était son débiteur, qu'il gardera en dot ce qu'il lui doit ; autrement dit, elle renonce à l'action de sa créance, en se réservant d'agir par l'action *rei uxoriæ*. Le mari repousse l'action primitive par l'exception *pacti* jusqu'à la dissolution du mariage (L. 12 § 2, 23, 3). L'obligation est-elle pure et simple ou, si elle est à terme, le terme est-il échu pendant le mariage, le mari, débiteur de quantités, effectue le paiement en trois annuités. Si la dette comporte un terme dont l'échéance soit postérieure à la dissolution du mariage, il faut rétablir l'obligation avec le terme qu'elle avait primitivement, et si la dette était cautionnée, la *satisfactio* doit être renouvelée. La loi 43, § 1, 23, 3, est formelle à cet égard lorsque le créancier primitif est un étranger qui fait acceptilation au mari, dans le but de constituer une dot, et on doit décider de même par analogie lorsque c'est la femme elle-même qui fait l'acceptilation de sa créance.

Que le mari ait été libéré *ipso jure* par acceptilation, ou qu'il ne le soit que par un pacte de *non petendo*, la solution est la même, car dans ce dernier cas il jouit d'une exception pour sa défense (L. 12, § 2, 23, 3).

Si le créancier du mari stipule pour lui-même le retour de la dot, il exerce, à la dissolution du mariage, son recours au moyen d'une *condictio sine causa*.

CHAPITRE III

DES RETENUES SUR LA DOT

Le mari n'est pas toujours obligé de rendre la totalité de la dot, Il lui est quelquefois permis de conserver, soit à titre d'indemnité soit dans le but de punir la femme de son inconduite, tout ou partie du capital. Il jouit en outre de certaines faveurs, refusées aux débiteurs ordinaires ; je veux parler du *bénéfice de compétence*.

§ 1. Des diverses sortes de « retenues. »

Ulpien en indique cinq, sur chacune desquelles je donnerai les détails qu'elle comporte.

1° *Retentio propter liberos.*

Il faut distinguer si la dissolution du mariage a lieu par la mort de la femme, ou si elle a lieu par le divorce. Dans le premier cas, la dot profectice seule fait retour à l'ascendant qui l'a promise ; la dot adventice reste au mari. Mais, sur la dot profectice elle-même, le mari a le droit de retenir autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, sans limitation (Ulpien, tit. VI § 4). Mais les auteurs ne sont pas d'accord pour calculer la retenue lorsqu'il y a plusieurs enfants. Cujas (tit. IX) pense que le mari garde le cinquième de la part que chacun des enfants aurait dans la dot, si elle n'était tout entière dans ses mains et qu'elle leur fût transmise. Son mode de calcul revient à dire que le mari, quel que soit le nombre des enfants, conserve un cinquième de la dot. Pellat au contraire est d'avis qu'il faut prendre le texte de la loi tel qu'il est, sans s'occuper de l'épuisement de la dot que le mari garde tout entière quand il y a cinq enfants et plus.

Mais les conventions peuvent modifier la loi. Les époux peuvent convenir en effet que la dot restera au mari, même à

défaut d'enfants, ou qu'il la conservera tout entière, quel que soit le nombre des enfants (L. 12, 23; L. 23, L. 26).

Lorsque le mariage est dissous par le divorce, qu'il n'a pas eu lieu *bona gratia*, qu'il est déterminé par la faute de la femme ou de la personne sous la puissance de qui elle est placée, enfin qu'il y a des enfants issus du mariage, le mari est autorisé à retenir sur la dot un sixième pour chaque enfant, sans que la retenue puisse cependant excéder trois sixièmes. Et, en second lieu, il ne peut obtenir ces sixièmes, que par voie de rétention, et non par voie de demande (Ulpien, VI, § 10).

Cette règle s'explique par deux motifs; en premier lieu la *retentio ob liberos* a pour but de punir la femme à qui est imputable la rupture du mariage; en outre elle constitue une indemnité pour le mari sur qui ne cessent point de peser les charges du ménage.

Puisque la *retentio propter liberos* est avant tout une peine, il est nécessaire pour qu'elle soit applicable qu'il y ait faute de la femme. Si elle n'est pas coupable, elle ne doit pas subir de châtiment.

On ne doit pas se préoccuper du point de savoir qui a envoyé la répudiation. « Si la répudiation a eu lieu par la faute du mari, quoique ce soit la femme qui ait envoyé la répudiation, le mari n'a point le droit cependant de rien conserver pour les enfants. » (Cicéron, top. ch. IV).

La rupture du mariage n'est reprochable à l'époux qui a envoyé la répudiation qu'autant que l'autre époux n'est pas en faute (Cicéron, *loc cit.*).

D'ailleurs ici encore la convention pourrait venir faire échec à la règle. On pourrait stipuler par exemple que la retenue aurait lieu alors même que le divorce interviendrait sans aucune faute de la femme.

La rétention ne dépasse pas la moitié de la dot à moins de convention contraire.

2° *Retentio propter mores.*

« A raison des mœurs, la retenue est du sixième, si l'atteinte aux mœurs est grave, du huitième si elle est légère. On n'entend par atteintes graves que les adultères; toutes les autres fautes sont qualifiées d'atteintes légères (Ulpien tit. VI, § 12).

C'est la mauvaise conduite de la femme qui est visée par l'expression *mores*.

On voit que dans l'espèce l'étendue de la peine est mesurée sur la gravité de la faute. D'un huitième lorsque les écarts sont légers, la peine atteint un sixième de la dot lorsque la femme se rend coupable d'adultère. Si l'inconduite de la femme est punie pécuniairement, il est juste que le mari, dont les mœurs sont mauvaises, en subisse également la punition. Mais la peine qui lui est infligée est nécessairement différente. Voici en quoi elle consiste :

Si la dot consiste en quantités qu'il doive rendre par tiers en trois ans, il est tenu à la restitution immédiate de la chose dotale, si la faute est grave; si la faute n'est que légère, il ne perd plus que partiellement le bénéfice des délais de restitution, mais les trois termes ne sont plus que de six mois au lieu d'être d'un an.

Si la dot était restituable dès le jour de la dissolution du mariage, le mari doit rendre, outre la chose dotale, une quantité de fruits correspondante au temps dont, en pareil cas, la restitution est avancée pour la dot remboursable en trois ans (Ulpien, tit. VI, § 13).

Cette cause de retenue est édictée dans l'intérêt de la morale et de l'ordre public. Il est donc interdit d'y apporter par convention des modifications ou des restrictions (L. 5, 23, 4). La volonté des parties ne doit pas faire échec à la loi et substituer des peines conventionnelles aux peines légales.

5° *Retentio propter res donatas.*

Les donations entre époux étaient interdites à Rome. On voulait ainsi mettre un frein à la cupidité des conjoints et empêcher que l'un des époux n'abusât de la faiblesse ou de la condescendance de l'autre pour le dépouiller : en un mot cette prohibition avait pour but de maintenir l'harmonie dans le ménage. Cependant la confirmation par testament des libéralités *inter conjuges* avait pour effet de les valider, et même un sénatus-consulte rendu sous les empereurs Sévère et Antonin Caracalla attribua le même effet au prédécès de l'époux donateur, mort sans avoir manifesté de volonté contraire. La donation à cause de mort est donc permise, car dans l'intention des parties elle ne produit son effet que lorsque la volonté du donateur persiste (Ulpien, tit. VII, § 1). Mais déjà avant le sénatus-consulte, la règle de prohibition comportait certaines exceptions. Quand il n'y avait point à redouter l'appauvrissement considérable du donateur ou l'enrichissement du donataire, les libéralités *inter conjuges* étaient autorisées dans une certaine mesure ; on peut donner comme exemple la donation d'un esclave *ut manumittatur*, ou le don d'une somme d'argent fait par la femme à son mari dans le but de lui faciliter l'accès aux honneurs (Ulpien, *loc. cit.*). Les donations étaient encore permises en cas de divorce ; on respectait ainsi les témoignages d'amitié donnés par un époux à son conjoint dont il se sépare *bona gratia* (Pellat, p. 41).

Hors ces cas d'exception, et en supposant que l'époux donateur ait l'intention de révoquer sa libéralité, il a le droit de revendiquer la chose donnée contre le donataire. Si elle n'existe plus, il a la *condictio sine causa*. Le mari donateur exerce, lors de la restitution, la retenue sur la dot de l'objet ou de la valeur données.

Toute renonciation anticipée à l'exercice de cette retenue est interdite, car la *retentio propter res donatas* est la sanction d'une règle d'intérêt public (Ulpien).

4° *Retentio propter res amotas.*

Le vol commis par l'un des époux au préjudice de l'autre ne donne point lieu cependant à action pénale *furti* (L. 2, 25, de *act. rer. amot.*). La soustraction donne seulement naissance à une action civile, et si elle est commise au préjudice du mari, à la retenue sur la dot de la femme de la valeur de l'objet détourné. Il est également interdit au mari de renoncer à l'exercice de cette retenue (L. 5, § 1, 23, 4).

5° *Retentio propter impensas.*

Enfin le mari peut retenir sur la dot le montant des dépenses exposées pour les choses dotales. Les dépenses peuvent être rangées en trois classes, d'après leur degré de nécessité ou d'utilité ; nous les diviserons, avec Ulpien (tit. VI, §§ 14 à 17), en dépenses nécessaires, dépenses utiles et dépenses voluptuaires.

1. Les dépenses nécessaires sont celles qui ont pour but la conservation de la chose dotale et dont l'omission serait pour cette chose une cause de ruine ou de détérioration ; la totalité de la somme déboursée peut être retenue par le mari.

Les impenses nécessaires, dit Paul (L. 5, § 2, *D., de pacto dotali*), diminuent la dot de plein droit, *ipso jure dotem minuunt*. Le mari ne peut donc renoncer à son droit ; mais il peut exercer de deux façons le recouvrement de ses avances ; s'il a opéré la restitution sans faire la défalcation, il a contre la femme la *condictio indebiti* ; mais il est plus simple pour lui d'agir par voie de *retentio* (Pellat, p. 58).

2. Les dépenses utiles sont celles qui visent l'amélioration de l'immeuble. Le mari a le droit de retenir le montant de ses avances, si elles sont faites avec le consentement de la femme. Dans le cas contraire, la retenue n'est autorisée que si elle n'est point trop onéreuse pour la femme.

Le mari ne peut agir que par la voie de la *retentio*. La géné-

ralité des termes de la loi 5, § 2, 24, 3, au *Digeste*, semble indiquer que ces dépenses utiles, qui constituent une sorte de libéralité *inter conjuges*, peuvent toujours être recouvrées par mari, malgré toute convention contraire.

3. On appelle dépenses voluptuaires « celles dont l'omission n'aurait pas nui à l'immeuble, et dont l'exécution n'en a point augmenté la valeur ».

Le mari ne peut donc point les imputer sur la dot, alors même qu'elles auraient été faites avec le consentement de la femme, ou qu'un pacte en autoriserait la retenue.

Je terminerai par quelques observations générales.

Les retenues peuvent toujours s'exercer par voie de *retentio*. Mais engendrent-elles toutes aussi des actions? Non, et nous en avons un exemple pour la retenue *propter liberos* (Ulp., VI, § 10). Il semble en être de même pour la *retentio propter impensas utiles* (L. unic. § 5, c. de rei uxor. act.). L'action fut admise seulement pour les dépenses nécessaires. Les *res donatæ* et les *res amotæ* donnèrent toujours lieu à une action. Un *judicium de moribus*, auquel l'inconduite de la femme la soumettait, permettait d'atteindre le même but (L. 5, pr. de pacto dot., 23, 4).

Le cumul des diverses *retentiones* était-il possible? On admet généralement le cumul de la *retentio propter liberos* avec les rétentions *propter impensas*, *propter res donatas* et *propter res amotas*.

Mais les commentateurs ne sont plus d'accord quand il s'agit de la retenue *propter liberos* et de la retenue *propter mores*, dont la cause et l'effet offrent de nombreux points de ressemblance.

Lorsque l'un des époux meurt après le divorce, les droits et les obligations résultant des *retentiones* ne se transmettent pas nécessairement aux héritiers. La retenue *propter mores* ne s'exerce pas contre les héritiers de la femme, car c'est une

peine (L. 27, *sol. matrim.*). Les héritiers du mari ne peuvent prétendre à la *retentio propter liberos*.

Justinien supprima la *retentio ob mores* et modifia l'exercice des autres *retentiones*.

§ 2. Du bénéfice de compétence.

A Rome, certaines personnes privilégiées jouissaient, pour le paiement de leurs dettes, d'un bénéfice qui consistait en ce qu'elles n'étaient condamnées que dans les limites de ce qu'elles possédaient. C'était une faveur spéciale accordée à des débiteurs malheureux. De ce nombre étaient le patron poursuivi par son affranchi, l'ascendant par son descendant, l'associé par son associé, le militaire et le donateur actionné par son donataire.

De ce nombre aussi était le mari qui jouissait, vis-à-vis de sa femme, d'une exception, grâce à laquelle il n'était condamnable que dans la limite de son actif ; c'est l'exception qu'on appelle *quod facere potest*.

Il avait en outre cet autre avantage de n'être point contraignable par corps.

Ce droit de n'être tenu que dans la limite de son actif appartenait également au beau-père de la femme, considéré comme son ascendant.

Mais ce bénéfice est purement personnel et ne passe point aux héritiers (L. 12, 24, 5), *Cum persona extinguitur*. Une exception est faite en faveur des enfants issus du mariage (L. 18, pr.). Pourtant, si l'on suppose qu'un ami du mari prend fait et cause pour lui et consent à être condamné à sa place, il n'est tenu que dans la mesure des facultés du mari.

Le beau-père peut également invoquer le bénéfice de compétence, car il est également considéré comme un ascendant de la femme.

C'était sur l'actif brut, c'est-à-dire sans déduction des dettes, qu'était basée la condamnation ; on apprécie les facultés du mari *tempore rei judicatæ*, c'est-à-dire qu'on se reporte au jour

du jugement. Ce principe qu'on n'admet point la défalcation des dettes a pour conséquence que, par exception, on ne laisse point au mari *aliquid ne eget*, c'est-à-dire ce qui est nécessaire à sa subsistance.

Dans le principe, le donateur jouissait seul du droit de soustraire aux poursuites du donataire la somme suffisante à ses besoins. Justinien généralisa la règle (L. 173, 50, 17). On fait entrer dans la composition de l'actif du mari les dettes de la femme envers lui (L. 28, *sol. matrim.*), et ce qu'il a cessé de posséder par son dol (L. 18, § 1). Mais bien entendu, la libération du mari n'est que provisoire et conditionnelle; il doit s'engager à promettre de payer la dot, si ses affaires deviennent meilleures (L. 63, § 4, 47, 2).

Le bénéfice de compétence est opposable au fisc. Ce bénéfice, créé dans un but d'intérêt général, est considéré comme étant d'ordre public. Toute renonciation conventionnelle est nulle, étant contraire au respect dû par la femme à son mari (L. 14, § 1, 24, 3).

L'erreur ou l'omission du juge ne fait point perdre au mari le bénéfice de son exception. Il répondra à l'action *judicati* par l'exception de dol.

§ 3. De l'action *rei uxoriæ de peculio et de vis rem versos*.

Le *pater* du mari qui a reçu la dot est tenu, jusqu'à concurrence du profit qu'il a pu retirer de la dot, et en outre, pour le surplus, jusqu'à concurrence du *pecule profectice* (L. 22, § 12). Du pécule on déduit ce qui est dû à l'ascendant et aux autres personnes soumises à sa puissance (L. 9, §§ 2 et 4, *de peculio*) Mais on ne peut exercer la déduction sur les choses qui ont été données en dot.

CHAPITRE IV

DES DÉLAIS DE RESTITUTION

Le mari n'est point tenu dans tous les cas de la restitution de la dot dès le jour de la dissolution du mariage, sauf cependant lorsqu'il est poursuivi par l'action *ex stipulatu*. Cette action est absolument de droit strict et n'admet point le *quid æquius melius*. Aussi a-t-elle pour conséquence la restitution immédiate de la dot.

L'action *rei uxoriæ*, qui est de bonne foi, comporte certains ménagements, certains délais, mais sous la réserve d'une distinction.

La dot était-elle composée de corps certains, meubles ou immeubles, le mari doit la restitution dès le jour de la dissolution du mariage. Il savait que son obligation consistait dans la remise de ces objets en nature; il était obligé de les garder, et s'il s'est mis dans l'impossibilité de les rendre immédiatement, il est en faute, alors même que les risques auraient été laissés à sa charge (L., 24 § 3, 24, 3). Si l'objet dotal a péri par cas fortuit, le mari est libéré. Mais la perte de l'objet dotal peut être cause de la conversion de la dot en une dette de quantité. Nous allons voir bientôt ce qu'il faut décider.

Si la dot consistait en choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, autrement dit en quantités, le mari jouit de délais; la restitution doit se faire en trois termes: d'un, deux et trois ans, et par tiers (Ulpien, *frag. rit.* VI § 8), sauf convention contraire abrégant ou supprimant les délais. Mais on ne pouvait stipuler la restitution à échéance plus longue (L., 15 et 16, 23, 2.)

Si la nature de la dot est modifiée, et que la dette d'un corps certain soit convertie en dette de quantité, le mari ne jouit des délais qu'autant que la transformation a eu lieu sans sa faute.

Le mari ne jouit des délais qu'à condition de donner caution.

L'adultère du mari est puni par la suppression des délais, quand la dot consiste en quantités. Si la faute du mari n'a point cette gravité, nous avons déjà vu que la déchéance n'est que partielle. Si la dot consiste en corps certain, le mari restitue, outre les choses dotales, une quantité de fruits correspondante au temps dont la restitution est avancée, en pareil cas, pour la dot qui était de droit restituable en trois termes (Ulp. Vl. § 13).

La remise de la portion de dot qui devait être employée à payer les funérailles de la femme ne comporte point non plus de délais.

CHAPITRE V

DES GARANTIES ACCORDÉES A LA FEMME POUR LA REPRISE DE SA DOT

La garantie la plus importante accordée à la femme est le privilège dont elle jouit sur les biens de son mari, c'est-à-dire un droit de préférence sur les créanciers chirographaires de ce dernier (L., 74, 23, 3).

Le privilège puise sa cause dans la faveur qui s'attache aux seconds mariages (L., 1, 24, 3). Aussi est-il exclusivement personnel à la femme et ne passe-t-il point à ses héritiers. S'il est indispensable que les femmes soient dotées pour donner à la République des citoyens, le même intérêt ne se rencontre plus quand la femme prédécède.

Dans le dernier état du droit le privilège de la femme passait avant le privilège du fisc.

La femme jouit de ce droit de préférence, alors même que le mariage était nul ou n'a point suivi la constitution de dot; toujours par application du principe d'ordre public et d'intérêt général énoncé plus haut.

C'est ce qui arrive par exemple lorsque la femme était impubère. Il n'y a pas eu précisément de dot, puisque le mariage n'existait pas. Cependant elle réclame les objets qui n'ont pu servir de dot au moyen d'une *condictio ob rem dati re non secuta*, appuyée sur un *quasi privilegium* dont l'efficacité ne le cède en rien à celle du droit de préférence de la femme mariée (L., 74, 23, 3).

Il en est de même de la femme qui a épousé par erreur un esclave, ou dont les fiançailles n'ont pas été suivies de mariage. Lorsque la femme épouse un esclave le croyant libre, son privilège s'exerce à l'encontre du patron lui-même; mais il ne porte que sur les objets qui font partie de la dot ou sur les acquisitions réalisées par le pécule au moyen de la dot.

Il est interdit à la femme de renoncer à son privilège pen-

dant le mariage; « car il est d'intérêt public que les femmes conservent leur dot. » (L., 2, 23, 3.) Mais après la dissolution du mariage, la femme peut s'abstenir ou s'interdire de l'exercer, car on est toujours libre de renoncer à une protection dès que le moment est venu de l'invoquer (L., 18, 23, 4).

La dot a été donnée ou promise à un fils de famille. La femme a l'action de *peculio* contre son beau-père. Dans l'exercice de cette action, elle subit la distraction dans le pécule des dettes du fils au père.

Mais, par analogie avec ce qui se passe en cas de mariage nul ou inexistant, il est probable que la femme jouit, contre le père de famille lui-même, d'un privilège sur les objets dotaux, ou sur les acquisitions réalisées par le pécule au moyen de la dot.

L'inaliénabilité de la dot constitue encore pour la femme une garantie sérieuse. On doit la mise en vigueur de cette règle à la loi Julia *De adulteriis* qui défend au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme et de les hypothéquer même avec son consentement.

Nous avons déjà vu que, par exception, et lorsque les affaires du mari mettent la dot de la femme en péril, cette dernière peut demander la restitution de sa dot même avant la dissolution du mariage. Cette faveur est toute prétorienne, et la formule de l'action, rédigée au moyen d'une fiction, suppose qu'un divorce a eu lieu.

En dernier lieu, des *sûretés conventionnelles* peuvent également garantir la restitution de la dot. Elles peuvent consister dans la constitution de gages ou d'hypothèques, soit dans l'intercession de fidéjusseurs (L. 55, 23, 3). Ces garanties, qui n'ont d'autre fondement que l'intention des parties et d'autre base que la convention, peuvent être abandonnées par la femme, même au cours du mariage; et l'on ne saurait rien trouver de contraire à l'ordre public dans cette renonciation anticipée.

CHAPITRE VI

DÉS ACTIONS EN RESTITUTION DE LA DOT

1° A l'origine et suivant un usage remontant sans doute aux cautions primitives, on stipulait la restitution de la dot. On donnait alors à la dot le nom de réceptrice, c'est-à-dire *qui doit être reprise*. Cette stipulation engendrait une action *ex stipulatu* de droit strict, commune à tous les contrats passés dans cette forme, soumise aux mêmes règles que lorsqu'il s'agissait de créances autres que la créance dotale, et dont l'exercice n'offrait absolument rien de particulier. En somme, le but de cette action était d'assurer l'exécution d'une convention, dans les termes mêmes où elle était intervenue, abstraction faite de toute idée d'équité, et sans qu'il fût permis, pour quelque considération que ce fût, d'augmenter ou de restreindre l'étendue et la teneur du contrat.

D'ailleurs la stipulation comportait toutes les clauses possibles ; il était, par exemple, permis de stipuler la restitution, dans certains cas seulement, ou de généraliser les effets de la convention (L. 56, 24, 3).

Toute personne, quelle qu'elle fût, étrangère ou non, pouvait, en constituant la dot, ou avec l'assentiment du donateur, exiger qu'elle lui fût restituée, à elle seule, qu'elle en eût besoin ou non, et sans qu'on eût d'ailleurs à se préoccuper de la destination de la dot.

Cette action *ex stipulata* passait aux héritiers du stipulant, comme toute autre action née d'un contrat. Elle passait aux héritiers de la femme, même décédée avant d'avoir mis son mari en demeure.

Que la dot consistât en corps certains ou en quantités, le mari ne pouvait prétendre à aucun délai ; il était lié strictement par la convention,

Le stipulant n'avait pas à redouter l'exception *in id quod facere potest*.

Le mari, poursuivi par l'action *ex stipulata*, ne pouvait exercer aucune retenue sur la dot.

L'édit du prêteur défendait à la femme de réclamer avec sa dot les legs que lui avait laissés son mari lorsqu'elle intentait l'action *rei uxoriæ*. Lorsqu'elle exerçait l'action *ex stipulatu*, le cumul lui était permis.

2° Dans l'ancien droit, les simples pactes n'engendraient pas d'action. *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. La constitution de dot accompagnée d'un simple pacte de *reddenda dote* ne modifiait donc en rien la condition de la femme demanderesse.

Cependant la jurisprudence finit par comprendre ce qu'il y avait là de rigoureux et d'excessif, surtout pour la partie qui avait suivi la loi du pacte, et l'avait exécuté, et elle lui donna une action de droit civil, l'action *præscriptis verbis*, pour réclamer l'exécution corrélatrice de l'obligation.

Le pacte de *reddenda dote* n'est donc plus dorénavant dénué de tout effet, à condition toutefois qu'il ait lieu au moment même de la constitution de dot.

Ce pacte est interdit au père de la femme, s'il n'agit que dans son intérêt personnel (L., 6, C., de *jure dotali*).

L'action *præscriptis verbis* est de bonne foi, et par conséquent doit avoir, dans l'espèce, les effets de l'action *rei uxoriæ*.

5° Nous avons vu qu'on avait fini par admettre qu'à défaut de stipulation, la femme ne restait point cependant privée du droit d'exiger sa dot, lorsque la dissolution du mariage était due au décès du mari ou au divorce. L'équité l'emportant sur la rigueur des lois et des mœurs antiques, on finit par donner à la femme une action de bonne foi, l'action *rei uxoriæ*. La faveur attachée à la dot explique l'abandon, dans la matière, de nombreux principes du droit civil. Elle sert encore à expliquer l'élargissement anormal des pouvoirs du juge lorsque l'action *rei uxoriæ* lui est soumise. C'est ainsi qu'à la différence de ce qui a lieu dans les actions de bonne foi ordinaire,

et spécialement dans l'action *ex empto*, le juge peut réparer toute lésion, si faible soit-elle.

L'action *rei uxoriæ* n'existe point, ai-je dit, quand c'est le décès de la femme qui met fin au mariage, car alors il n'y a point de seconde union possible. Pour la même raison, l'action est personnelle à la femme et ses héritiers ne peuvent l'exercer, à moins que le mari n'ait été mis en demeure avant la mort de sa femme.

Si l'action *uxoriæ*, quand il s'agit d'une dot profectrice, subsiste après le décès de l'ascendant, pourvu toutefois qu'il ait survécu à la dissolution du mariage ou au divorce, le motif en est qu'il est utile d'encourager les ascendants à doter leurs enfants.

Nous trouvons encore une autre dérogation aux règles sur la *capitis deminutio*. Lorsque le mari perd son indépendance, la dette dotale ne s'éteint pas comme le font les autres dettes, et il n'est pas besoin d'avoir recours à une action *utilis*.

L'action *rei uxoriæ* emprunte son caractère et ses règles à des causes et à des considérations spéciales. Elle présente donc de nombreuses différences avec l'action *ex stipulatu*. C'est ainsi que le mari, tenu de l'action *rei uxoriæ* jouit de délais spéciaux et du bénéfice de compétence, qu'il exerce sur la dot de nombreuses retenues, et que par application de l'édit *de alterutro*, la femme ne peut cumuler sa dot et les avantages que son mari lui a laissés par testament, lorsqu'elle ne peut agir que par l'action *rei uxoriæ*,

CHAPITRE VII

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION EN RESTITUTION

L'action en restitution s'éteint :

1° Par le payement intégral de la dot. La novation par délégation d'un mauvais débiteur ne lui faisait perdre son action qu'autant qu'elle avait connu l'insolvabilité (L., 28, § 2, Ulpien.

2° Le rétablissement du mariage qui met à néant les poursuites commencées. Mais si c'est un tiers qui a stipulé la restitution de la dot, la réconciliation des époux ne fait point obstacle à l'action. (L. 42. § 3).

3° Par la mort de la femme avant la mise en demeure de son mari.

4° La femme a stipulé la restitution de sa dot. Puis, au cours du mariage, son mari l'inscrit dans son testament et décède. La femme est liée par l'acceptation du legs, et si elle s'avisait d'intenter l'action *ex stipulatu*, elle serait repoussée par l'exception de dol. (L., 46).

5° Enfin l'action s'éteint par la confiscation de la dot tout entière.

CHAPITRE VIII

DROIT DE JUSTINIEN

Avant de passer en revue les nombreuses réformes introduites par Justinien dans la matière qui fait l'objet de notre étude, je rappellerai que dans les derniers siècles de l'empire romain, le détronement du paganisme par le christianisme avait porté un coup mortel à l'échafaudage des vieilles lois romaines. Aux mœurs païennes succédaient des mœurs nouvelles, aux anciens principes des principes nouveaux. La situation de la femme dans le mariage s'améliore; de servante, d'esclave qu'elle était autrefois, elle devient la compagne de son mari.

En outre les lois caduques tombent en désuétude, car la nouvelle religion enseigne la continence, pousse à l'exagération le principe de l'indissolubilité des liens du mariage, et voit d'un mauvais œil le convol des veufs en noces nouvelles.

Le principe générateur de l'action *rei uxoriæ* disparaissant, il semble logique que l'action elle-même eût dû disparaître. A quoi bon en effet autoriser la femme à retirer sa dot, puisque le but de la dot n'est plus de lui permettre un second mariage? Le mari devient, nous le savons, propriétaire de la dot. En l'obligeant à la restituer, on va donc le dépouiller illégitimement sans aucun motif d'intérêt privé ou public, d'une partie de son patrimoine.

Pourtant l'action *rei uxoriæ* n'est point supprimée. Au contraire on la généralise, on en facilite l'exercice, on l'entoure de garanties nouvelles. Faut-il donc attribuer le maintien du système de la restitution de la dot à un oubli, à une contradiction, à la légèreté des législateurs du Bas empire? Non; il faut en chercher la cause précisément dans l'épuration des idées et des mœurs, dans leur adaptation aux préceptes, aux enseignements de la religion naissante, et aussi au développe-

ment de la science juridique et aux progrès incessants de la civilisation. Il faut rattacher surtout le maintien de l'ancienne règle à la lente éclosion d'une nouvelle idée sur la dot : on tend peu à peu à considérer la femme comme propriétaire de sa dot. Ce principe, il est vrai, ne fut jamais énoncé, exprimé qu'avec des réticences ou des circonlocutions; et Justinien lui-même *uxorius imperator*, n'eut point la hardiesse de l'affirmer hautement. Cependant il le laissait déjà entendre dans une constitution de l'an 529 (L. 30. C. V, XII). Il décidait en effet que la femme pourrait toujours, à la dissolution du mariage, revendiquer les objets apportés en dot, sans avoir besoin d'exiger du moins la cession de ses actions, ou d'agir au moyen d'une fiction, par voie de revendication utile; et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles, non plus qu'entre les biens estimés, et les bien non estimés.

Ce principe que la dot reste la propriété de la femme suffit donc lui seul à justifier le système de la restitution de la dot. La dot ne sert plus à remplir qu'un but passager; son rôle est temporaire.

A l'époque où nous nous plaçons déjà, les liens de l'agnation, c'est-à-dire la parenté civile, battus en brèche par la jurisprudence prétorienne, s'étaient relâchés d'abord, et avaient fini par n'être plus qu'un souvenir. Les enfants, nés en légitime mariage, succédaient à leur mère, comme celle-ci à ses enfants. Puisque la fortune de la femme passait aux enfants, à quoi bon attribuer la propriété de la dot au mari; autrefois au contraire, la mère restant une étrangère pour ses enfants, c'était là le seul moyen, nous l'avons vu, d'assurer à ces derniers au moins une part de la fortune maternelle. Maintenant que l'héritage de leur mère leur est assurée, et qu'il importe peu qu'ils le trouvent dans la succession de leur père plutôt que dans sa propre succession à elle, il est donc bien suffisant d'accorder au mari l'usufruit seulement de la dot.

Après ces quelques observations on comprendra mieux à quel l'esprit, à quel sens logique obéissait Justinien quand il édicta ses innovations sur la restitution de la dot.

Le principe qui servit de point de départ aux réformes de Justinien, c'est qu'il fallait sous-entendre dans toute constitution de dot, quel qu'en fut l'auteur, une stipulation de restitution faite par la femme elle-même, et à son profit. Il en résultait que si la femme avait effectivement stipulé la restitution de sa dot, mais que sa stipulation fût entachée de causes de nullité, elle n'en serait pas moins considérée comme valable (*Accarias*, p. 1041). Une autre conséquence, c'est que le nom d'action *rei uxoriæ* fit place au nom d'action *de dote*; cette action devait être exercée dans la forme de l'action *ex stipulatu*. (L. un., C. *de rei uxoriæ actione*, 5, 15).

Quelle que soit la cause de la dissolution du mariage, fût-ce même la mort de la femme, l'action *ex stipulatu de dote* s'ouvre. L'effet de la stipulation sous-entendue n'est point restreint. L'action s'ouvre au profit de la femme, ou de ses héritiers, ou de l'ascendant sous la puissance duquel elle se trouve. Cependant l'étranger qui fournit la dot peut s'en assurer à lui seul la restitution par une stipulation formelle (L. unic., § 1, C. *de rei ux. act*). Le père doit toujours agir avec le consentement de sa fille lorsqu'elle est sous sa puissance, tandis que l'ancienne action *ex stipulatu* appartenait au père seul. Dans l'ancien droit, si le père émancipait ou exhérédait la femme elle ne reprenait pas la dot *stipulée* par lui. Désormais elle seule peut exercer l'action *ex stipulatu*; et elle reprend sa dot, comme elle l'eût reprise autrefois au moyen de l'action *rei uxoriæ*, à défaut de stipulation du père.

Les anciennes *retentiones* sont abolies, sauf la retenue *propter impensas necessarias* (§ 5, *ead lege*). Les retenues *propter mores* et *propter liberos* sont inutiles, parce que la faute de la femme trouve ailleurs sa punition. Les empereurs Théodose et Valentinien avaient imposé aux causes de divorce une limite; en dehors de ces cas l'époux auquel le divorce était imputable encourait une peine; la dot par exemple restait au mari toutes les fois que la femme le répudiait sans juste cause. (L. L. 8, §§ 4, 5 et 11, 5, 17).

Les retenues *propter res donatas et res amotas* furent également remplacées par les actions, déjà admises dans l'ancien droit, et auxquelles donnaient lieu la donation ou le détournement.

Le mari recouvre le montant des dépenses utiles par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, suivant que les dépenses ont été autorisées ou non par la femme. Autrefois elles restaient à la charge du mari. On doit l'innovation de Justinien à cette idée que la femme conservait la propriété de sa dot.

Seules les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit (L. un., § 5. C. *de rei uxoris ac.*, V, 13).

La suppression des *retentiones* avait pour but d'éviter des retards fâcheux dans la restitution de la dot. Mais il est probable que c'est seulement lorsque ces diverses créances n'étaient point liquides que le mari ne devait pas être écouté.

En cas d'impenses nécessaires, c'est seulement lorsque la dot consiste en argent, qu'il s'établit une compensation *ipso jure*. Si la dot consiste en un fonds dotal, et que la dépense soit inférieure à la valeur de ce fonds, le mari n'a qu'un droit de rétention.

Si le total des dépenses atteint ou dépasse la valeur du fonds, la femme jouit pour rembourser le mari du délai de un an à partir de la dernière dépense ; autrement le fonds perd sa nature de dotal, et est attribué au mari par une sorte de dation en paiement.

Les délais de la restitution de la dot sont également modifiés. Le mari est tenu de rendre immédiatement les immeubles ; pour les meubles, estimés ou non, corporels ou incorporels, Justinien établit un délai unique d'une année (*ead lege*, § 7). Les fruits perçus sur les immeubles sont dus à dater de la dissolution du mariage. Les intérêts des sommes d'argent ne le sont qu'à dater de la fin de l'année courante.

Le mari poursuivi par l'action *ex stipulatu*, ne jouissait pas,

avant Justinien, du bénéfice de compétence. Justinien le lui accorda.

Enfin la nouvelle action *stipulatu de dote* est de bonne foi. Le couronnement de l'œuvre de Justinien, c'est l'extension considérable donnée aux garanties de la dot.

Il est indiscutable qu'à l'époque classique, la femme n'avait pas le droit de primer les créanciers hypothécaires de son mari : elle ne jouissait que d'un *privilegium inter personales actiones* qui ne lui donnait un droit de préférence que contre les créanciers chirographaires.

Elle ne pouvait renoncer, ai-je dit, à ce privilège, qui reposait sur un principe d'ordre public.

Justinien trouvant cette garantie insuffisante, reconnut à la femme une hypothèque privilégiée. Écoutons M. Demangeat nous dire comment il y fut amené : « Justinien, qui sous-entend une stipulation tant au profit du mari qu'au profit de la femme, sous-entend également, *ex utroque latere* une convention d'hypothèque pour assurer soit le paiement de la dot au mari, soit la restitution de la même dot à la femme. Un peu plus tard, par suite, suivant toute apparence, de certains intrigues du palais, il fut décidé que l'hypothèque de la femme serait privilégiée.

Donc en 529, dans la constitution qui forme la loi 50 C. *de jure dotium*, Justinien accorde à la femme une hypothèque privilégiée sur sa dot. Tous les biens dotaux, meubles ou immeubles, estimés ou non et les choses acquises *ex pecuniâ dotali*. Cet hypothèque suit les choses dotales dans les mains des tiers, à moins que la femme n'ait donné son consentement à la vente.

Cette même constitution accordait également à la femme le droit d'agir par voie de revendication des choses dotales. Il semble assez anormal, assez peu juridique que le créancier puisse à son gré, contre le même débiteur, exercer le recouvrement de sa créance par voie hypothécaire ou par voie de revendication. Cependant on s'explique assez cette anomalie si

l'on songe que l'on tendait déjà à se détacher de la règle que le mari est propriétaire de la dot, mais que l'on n'osait le faire ouvertement, hardiment. L'hypothèque privilégiée, c'était le respect des traditions du droit classique. La revendication, c'était le premier pas fait dans la voie nouvelle; c'était la conséquence de l'idée naissante que la femme, propriétaire de sa dot avant le mariage, continue à l'être au moins *jure naturali* pendant le mariage.

Il se pouvait que cette hypothèque privilégiée devint insuffisante; la dégradation des immeubles dotaux amenait souvent ce résultat. Il était donc nécessaire d'étendre la garantie en la généralisant, et de faire reposer le gage sur les biens du mari lui-même. Une constitution de l'an 530 (*lex unic.* § 1, C. 5, 13) donne à la femme une hypothèque légale et générale, mais non privilégiée sur les biens du mari à dater du jour du mariage. L'ascendant qui a constitué la dot profectice peut également invoquer le bénéfice de cette hypothèque. L'aliénation du fonds dotal, avec le consentement de la femme, ne permettait plus à celle-ci d'opposer l'hypothèque privilégiée que la constitution de 529, rappelée tout à l'heure, lui donne sur le fonds dotal. Si l'on suppose en outre que le patrimoine du mari soit insuffisant pour la remplir de ses droits, ou qu'il sort grevé d'hypothèques préférables à celle de la femme sur les biens de son mari, non privilégiée, le péril que fait courir à la femme la vente du bien dotal n'est pas encore conjuré.

Il y avait là une lacune que Justinien combla en décidant que le mari ne peut aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de sa femme, et en transformant plus tard (en l'an 531) l'hypothèque générale de la femme en une hypothèque privilégiée (*Loi Assiduus*, 12, C. 8. 18). Cette hypothèque privilégiée porte sur les biens du mari, et sur ceux du beau-père lorsqu'il est obligé à la restitution de la dot. Voici l'unique et mauvaise raison, donnée par le législateur : « Dans l'ancien droit, dit-il, la femme, créancière chirographaire, primait tous les autres créanciers chirographaires du mari,

antérieurs au mariage ; pourquoi donc, dans le droit nouveau, la femme créancière hypothécaire depuis 530, ne primerait-elle pas aussi les créanciers hypothécaires, quelle que soit la date de leur hypothèque ? » Il fallait encore, d'après Justinien calmer l'irritation et mettre trêve aux plaintes des femmes mariées dont la dot était trop souvent employée à payer les créanciers du mari, antérieurs au mariage.

On voit de suite jusqu'à quel point cette loi était inique. Les tiers qui avaient suivi la loi d'un homme libre de tous liens voyaient leur confiance sans cesse trompée par des alliances frauduleuses. C'était rendre vaines les mesures de précaution prises par les créanciers, illusoire leur espérance légitime d'être remboursés dans un rang préférable à des créanciers postérieurs : en un mot, c'était sacrifier la bonne foi des tiers au désir exagéré d'assurer la conservation de la dot, et détruire le crédit.

Déjà, depuis 469, la femme était préférée à tout créancier antérieur qui n'avait point pris la précaution de faire consigner son hypothèque dans un acte souscrit par trois témoins de bonnes mœurs (L. 2, C. 8. 18).

Cependant le créancier dont l'argent a servi à faire entrer une chose dans le patrimoine du mari, par exemple le prêteur des deniers qui ont servi à payer l'acquisition d'un office, a une hypothèque préférable à celle de la femme. Il en est de même, à l'égard de la seconde femme, des enfants du premier lit, créanciers de la première dot.

Du reste les femmes ne bénéficiaient pas toutes de cette hypothèque privilégiée. Il fallait pour cela qu'elles fussent chrétiennes orthodoxes (Nov. 109, ch. I). Les autres femmes n'avaient que l'ancien *privilegium inter personales actiones*.

La femme seule pouvait invoquer l'hypothèque privilégiée. (*Inst.*, § 29 de act.). Cependant, nous avons vu plus haut qu'en cas de second mariage du père, les enfants du premier lit passaient avant leur belle-mère.

Une constitution d'Anastase donnait à la femme le droit de renoncer aux hypothèques conventionnelles qu'elle avait stipulées. Justinien la restreint à l'hypothèque simple sur les biens du mari, et à l'hypothèque privilégiée sur les immeubles apportés en dot avec estimation (*L. un.*, § 15, 5, 15).

DROIT FRANÇAIS

DES RÉCOMPENSES

EN MATIÈRE DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

INTRODUCTION

Bien que la communauté légale, adoptée par les époux, ou existant entre eux à défaut de contrat dérogatoire, confonde dans une large mesure leurs intérêts pécuniaires, elle ne les soumet point cependant à une société universelle de biens présents et à venir.

En effet la législation moderne, suivant en cela les errements de l'époque coutumière, a maintenu l'ancienne distinction entre les meubles et les immeubles : elle divise ceux-ci en propres et en acquêts ; propres, s'ils appartenaient aux époux avant le mariage ; acquêts, s'ils proviennent des deniers de la communauté. Ceux-là, (les meubles), qui comptaient autrefois si peu dans la fortune privée, qu'on pouvait justement leur appliquer l'adage *vilis mobiliū possessio*, mais dont l'extension a pris aujourd'hui une importance considérable, viennent former le patrimoine commun.

Il se produit donc ceci, qu'à côté d'un fonds social, ayant ses sources d'enrichissement originelles et accidentelles spéciales, coexistent deux patrimoines indépendants l'un de l'autre, ayant des intérêts distincts, souvent opposés.

La communauté n'est autre chose qu'une société de forme et de nature particulières ; inspirée par la justice, elle est le corollaire de l'idée d'égalité dans le mariage ; créée par la coutume, consacrée par la loi, on ne saurait justement la laisser au-

dessous des autres sociétés, et lui refuser la personnalité morale qu'on accorde quelquefois à ces dernières. On peut donc, sans crainte de choquer le bon sens, envisager la communauté abstraction faite des conjoints, pris dans leur individualité ; et la déduction toute logique de cette idée, c'est que la communauté peut, suivant les circonstances devenir créancière ou débitrice des conjoints.

Les trois patrimoines dont nous venons de parler sont, pendant le cours du mariage, confiés à l'administration exclusive du mari (art. 1421 et 1428 c. c.), dont les pouvoirs, assez restreints en ce qui concerne la dot de la femme, sont presque illimités quant aux biens de la communauté. De cette unité de direction, des péripéties d'une administration multiple et compliquée, il résulte qu'à chaque instant des sommes d'argent, des valeurs mobilières, provenant soit de l'aliénation d'un propre, soit d'une libéralité avec stipulation d'exclusion de la communauté, soit du recouvrement de créances réservées propres, quelle qu'en soit enfin la provenance, qu'ils appartiennent au mari ou à la femme viendront se confondre dans la caisse commune, et que le mari, obligé en sa qualité d'administrateur de pourvoir à l'entretien et à la conservation des trois fortunes, y emploiera indistinctement les deniers en sa possession.

Après avoir pris tant de soin de protéger les conjoints contre les premiers entraînements, et de soustraire aux risques d'une société mal gérée ou malheureuse les biens auxquels ils sont présumés attacher le plus de prix, le législateur ne pouvait pas dire, sans détruire ce qu'il avait créé, que tout ce qui est entré dans la caisse commune est commun, quelle qu'en soit la source, que tout ce qui en est sorti est perdu pour la communauté, quel qu'en soit l'emploi ; aussi a-t-il emprunté à l'ancien droit le principe et la théorie du remploi légal.

Dans le Droit romain, où le régime de la communauté était totalement inconnu, il ne pouvait être question de créances des époux contre une société qui n'existait pas. La dot de la

femme, à la dissolution du mariage, était l'objet d'une action personnelle en restitution que nous avons étudiée plus haut.

La communauté ne fut pas une innovation créée de toutes pièces, ce fut l'œuvre sage et lente de la coutume; aussi ne faut-il pas s'étonner, quand on songe aux luttes que devaient livrer le bon sens du peuple et la sagesse des penseurs aux mœurs grossières et violentes et à l'attrail des vieilles lois de la féodalité, il ne faut pas s'étonner, dis-je, des vides et des imperfections que l'on rencontre dans les sources les plus anciennes du droit coutumier, et jusque dans la première rédaction des coutumes.

A cette époque, avons-nous dit, la fortune mobilière comptait peu, *vilis mobilium possessio*. Aussi malgré le soin jaloux avec lequel nos ancêtres cherchaient à maintenir dans la famille, à transmettre aux descendants ce qui venait des ascendants, tellement qu'ils excluaient la propriété immobilière de la société conjugale, ils en arrivèrent facilement, lorsque s'établit le principe que la femme devait être considérée comme l'associée du mari et non comme sa servante, à faire tomber dans la communauté le mobilier des conjoints, comme première mise de fonds, quelle que fût la provenance de ce mobilier. On ne vit point d'abord les conséquences et la portée de cette nouvelle règle; on n'y apporta donc point de restriction. Et l'ancienne coutume de Paris s'exprimait ainsi : *Hommes et femmes, conjoints ensemble par mariage, sont communs en biens meubles et conquêts immeubles faits durant et constant le mariage.*

C'était renverser inconsciemment le vieux principe de conservation des biens dans la famille. A quoi bon exclure de la communauté les immeubles propres des époux si le fait seul de l'aliénation de ces immeubles en dépouillait sans retour les propriétaires? Il y avait en outre là une voie ouverte aux fraudes contre la règle qui interdisait les avantages entre époux, un moyen détourné d'enrichir aux dépens de l'un des conjoints la communauté et par suite l'autre conjoint. Il y avait enfin un grave danger pour la femme, dont le mari, abusant de son

influence, et à force de sollicitations, pouvait obtenir la vente de ses propres, dont le prix tombait fatalement en communauté. *Pretium ipsorum referebatur jure nuptialis consortii rerum immobilium*, disait Choppin (*De mor. paris.*, liv. I, tit. I.

On obvia au silence de la coutume par la convention. On stipula dans les contrats de mariage que chacun des conjoints, en cas d'aliénation pendant le mariage, seraient remployés du prix de leurs propres. L'influence de Dumoulin fit encore plus. Cette clause, qui tendait à devenir de style, on en vint à s'en passer, au moins quand le mari reconnaissait *in intervallo* qu'il avait été dans l'intention des époux de remployer le prix (Dumoulin, *Cout. de Bourbonnais*, art. 238 ; *Cout. de Blois*, art. 164).

La première coutume de Paris était muette. Dans l'intervalle entre les deux rédactions (1510-1580), de nombreux commentateurs, et surtout Dumoulin, dévoilèrent les imperfections de la première, et indiquèrent le remède. Aussi la nouvelle coutume de Paris comporta-t-elle un article spécial pour constater un fait acquis, le remploi légal : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou la rente, encore qu'en vendant n'eût été convenu de remploi ou récompense, et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait » (*Cout. de Paris*, art. 252 ; *Cout. d'Orléans*, art. 151). Je ferai remarquer que la disposition s'applique aussi bien au mari qu'à la femme.

L'équité l'avait donc définitivement emporté, et les époux ne pouvaient plus s'enrichir injustement et contre leur volonté même aux dépens les uns des autres. Et Loyseau avait raison de dire : « Les plus judicieux observent à bon droit le remploi par toute la France comme droit commun, et espèrent qu'enfin cet usage s'établira à cause de son équité tout apparente. »

Mais à côté de la question d'équité une autre raison militait en faveur du remploi légal. La plupart des coutumes voyaient avec défaveur et interdisaient absolument les donations entre époux. Il ne fallait pas que les époux pussent faire indirectement ce qu'il leur était défendu de faire directement. « La raison pour laquelle la coutume a accordé ce remploi, dit Pothier (*Corresp.*, n° 605), est pour empêcher les avantages indirects, qui ne sont pas permis entre conjoints, pendant le mariage. La communauté ayant été enrichie par le prix du propre vendu qui y est entré, l'autre conjoint qui partage la communauté se trouverait avantagé aux dépens du conjoint, etc. »

Il est vrai [que même les coutumes qui permettaient les donations *inter conjuges* adoptèrent le principe du remploi légal, par raison d'équité, ou parce qu'il y avait inconvénient à favoriser les donations indirectes qui ne sont pas facilement révocables, et n'expriment point clairement d'ailleurs la volonté des parties.

La théorie des récompenses, dans l'ancien droit, repose en partie sur cette idée que les donations entre époux sont interdites. Est-ce là la raison dominante à laquelle nous en devons le maintien dans notre droit? Non sans doute, puisque aujourd'hui les donations sont permises aux époux, même pendant le mariage. Et pourtant ce qu'on pouvait dire autrefois de la nécessité du remploi légal est encore vrai aujourd'hui. L'équité le réclame; sans lui, l'harmonie serait détruite dans les dispositions du code qui régissent les contrats de mariage, dont l'irrévocabilité ne serait plus qu'un vain mot.

Il est en effet un principe qui domine tout notre droit, c'est que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; là où il y a enrichissement illégitime ou illicite, il y a lieu à restitution, à récompense. Or nous avons déjà avancé que les diverses phases de l'administration du mari modifiaient journellement la consistance des trois patrimoines qui lui sont confiés : tantôt, avons-nous dit, c'est la communauté qui encaisse les deniers

des époux, tantôt au contraire la caisse commune est mise à contribution dans leur intérêt personnel. Il serait injuste, dans le premier cas, d'établir une présomption invincible de libéralité là où les conjoints ont pu n'être mus que par le seul désir de venir en aide à la communauté, de lui faire un prêt, une avance. Dans le second cas la libre et entière disposition des deniers de la communauté abandonnée au mari, sans récompense, serait pour lui le moyen de donner à ses propres une plus-value considérable.

La combinaison de ce principe avec l'idée fondamentale d'irrévocabilité des conventions matrimoniales donne sa raison d'être à la théorie des récompenses.

Qu'on ne vienne point dire que le législateur est en contradiction avec lui-même; qu'aux termes de l'art. 1401, par exemple, il fait tomber dans la communauté tout le mobilier échu aux époux avant ou pendant le mariage, et que plus loin, dans l'art. 1433, au cas où immeuble propre est aliéné et que le prix, chose mobilière cependant, est versé dans la communauté, il autorise le prélèvement de ce prix dans la masse commune au profit du conjoint propriétaire. Cette contradiction n'est qu'apparente. Au jour de la célébration du mariage, la consistance de la fortune personnelle des époux et de l'actif de la communauté est établie définitivement: il y a des biens propres et il y a des biens communs. Sans doute il pourra y avoir des acquêts: sans doute les meubles advenus pendant le mariage seront biens communs, mais à une condition, c'est que leur entrée dans le patrimoine commun n'appauvrira pas le patrimoine d'un des conjoints, et ne modifiera pas sa composition, telle qu'elle doit être d'après la loi où d'après les conventions matrimoniales.

S'il s'agit du prix d'un propre, de quel droit la communauté prétendrait-elle à autre chose qu'à l'usufruit? L'aliénation ne l'a pas appauvrie, puisqu'elle aura la jouissance du prix comme elle avait la jouissance du propre.

« Il vaut mieux dire que la communauté doit une indemnité

à l'époux, par la raison qu'elle a perçu une valeur qui doit lui rester propre puisqu'elle remplace un propre » (Laurent). Et plus loin, il ajoute : « Les immeubles n'entrent pas en communauté ; pourquoi y entreraient-ils s'ils sont aliénés. »

A défaut d'acte constitutif de donation ou de toute autre mesure prise pour avantager la communauté, et les libéralités ne se présument point, il était équitable de rétablir, au moment de la liquidation, la fortune de chacun des conjoints dans son intégrité, et de subroger au propre le prix du propre. La disposition si sage de l'art. 1453 n'enlève pas à la communauté ses éléments de prospérité : son but est tout d'équité : rendre à César ce qui appartient à César.

En un mot d'un bien propre, et souvent contre la volonté formelle des époux, faire un bien commun ; d'une valeur qui devait rester propre, une valeur commune ; de l'aliénateur, un donateur malgré lui, c'eût été mettre la loi en contradiction avec elle-même, et faire trop bon marché de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, qu'elle proclame dans ses dispositions préliminaires.

Sans doute les deniers tomberont en toute propriété dans la communauté, car elle a l'usufruit de tous les biens, et c'est une règle de notre droit que si l'usufruit comprend des choses dont on ne puisse faire usage sans les consommer, l'usufruitier a le droit de s'en servir à la charge d'en rendre de pareille valeur ou leur estimation à la fin de l'usufruit. Mais la communauté en devra tenir compte.

Du reste, bien que, d'après ce que nous venons de dire, le droit à récompense ne soit plus comme autrefois où les donations entre époux étaient interdites dans la plupart des coutumes et notamment dans celle de Paris, la conséquence nécessaire de cette prohibition, il existe cependant une grande affinité entre les dispositions qui le proclament et les règles spéciales auxquelles sont soumises ces sortes de donations.

La législation actuelle, en admettant les libéralités *inter conjuges*, les déclare révocables à la volonté du donateur.

Supposons un instant que le prix du propre aliéné tombe dans la communauté sans récompense, en vertu de l'article 1401 et en l'absence de l'article 1455. Par le fait seul d'une aliénation concertée, les époux obtiendront immédiatement, et en dépit de la loi, leur complice dans l'espèce, tous les avantages d'une donation directe, et qui plus est, irrévocable. Car en admettant que l'aliénateur voulût critiquer les effets de la donation indirecte dont il aurait ainsi gratifié la communauté, et révoquer sa libéralité, son conjoint répondrait que la loi seule est sa bienfaitrice, et que l'avantage exorbitant que lui procure la conversion du propre en argent est la conséquence juridique du régime matrimonial auquel ils se sont soumis.

A côté de ces considérations d'un ordre supérieur, d'autres raisons, d'intérêt public celles-là, militent en faveur du principe posé dans l'article 1455.

Il est vrai que la femme commune, qui perd l'administration de ses propres, conserve néanmoins le droit de consentir à leur aliénation, et qu'elle peut opposer son *veto* à tout acte de disposition de ses biens. Mais encore faut-il qu'elle soit assez prudente, assez forte pour résister aux suggestions, aux sollicitations, aux mensonges, aux brutalités même auxquels l'exposerait l'avidité du mari si la loi ne la protégeait pas contre elle-même. Heureusement cette protection elle la trouve écrite dans la loi. Le droit aux récompenses, qui puise son efficacité dans l'hypothèque légale, la soustrait à tous les périls. L'harmonie du mariage trouve sa garantie dans l'absence absolue d'intérêt pour le mari à la vente des propres de la femme.

L'exclusion du remploi légal serait encore une entrave au commerce et à la circulation des biens, un obstacle au développement de la fortune privée, et par suite de la richesse publique. Qu'on n'oublie point en effet que les mariages avec adoption du régime de la communauté sont les plus fréquents. Irait-on taxer d'égoïsme le mari ou la femme qui hésiterait à faire commerce de ses biens propres, qui constituent la réserve de l'avenir, pour se voir infailliblement dépouiller par la com-

munauté des valeurs mobilières reçues en échange, par la communauté dans laquelle les époux n'ont que des droits restreints, et compromis peut-être par un administrateur incapable? De là ralentissement dans les mutations de propriété, et préjudice considérable pour le trésor public.

Dans un autre ordre d'idées les phases diverses de la gestion maritale, l'entretien des propres, les soultes fournies par la communauté en cas d'échange de propres ou de successions immobilières, le paiement des dettes personnelles, les impenses nécessaires, les améliorations utiles, sont susceptibles de créer entre les trois masses de biens des obligations inverses de rapport. Où les époux trouveront-ils, ailleurs que dans la caisse commune, des capitaux pour remplir leurs obligations personnelles, puisque durant le mariage les valeurs mobilières viennent se fonder dans l'actif de la communauté? Le mari, il est vrai, peut y puiser à pleines mains, car il jouit d'attributions exorbitantes. Mais la femme, à qui échappe même l'administration de ses biens, lui faudra-t-il assister impuissante au dépérissement, à l'épuisement de son patrimoine? Il en serait pourtant ainsi si l'existence indépendante de la communauté n'était si bien affirmée qu'à un moment donné elle pût devenir créancière et débitrice des époux, si les valeurs fournies par elle à l'un ou à l'autre l'étaient à pure perte, et sans espoir d'indemnité.

En effet, le mari ne doit pas se trouver placé entre les obligations de gestion que la loi lui impose, et la spéculation de son intérêt personnel. Le rôle de la femme dans le mariage, tout effacé qu'il semble, ne lui impose pas moins, avec des devoirs moraux, des sacrifices pécuniaires. Elle enrichit la société où elle entre d'une notable partie, quelquefois de la totalité de sa fortune. La communauté lui prend les fruits et les revenus de ses propres. Il est donc équitable que l'homme, entre les mains duquel elle s'est départie de la direction de ses affaires, fasse preuve d'administrateur intelligent et surtout désintéressé. Pour ce faire, il suffisait de mettre l'intérêt de la

femme en communion avec l'intérêt du mari, et c'est ce dont s'est préoccupé le législateur dans l'article 1457 du Code civil. Certain que la communauté doit rentrer un jour dans ses avances, qu'elle va devenir créancière des débours faits dans l'intérêt de la femme, le mari n'aura plus de raison de compter avec son avarice. Au contraire, il trouvera son profit là où elle trouvera le sien. Car l'amélioration du propre de celle-ci ou l'acquittement de ses dettes constitueront pour la communauté une nouvelle source de revenus, ou la dégrèveront d'une partie de ses charges, puisqu'elle profite des fruits et supporte les intérêts des dettes propres aux époux.

Si la femme est protégée contre l'inaction du mari, elle l'est aussi contre les actes par lesquels ce dernier appauvrirait la communauté en y trouvant son profit, car il doit rendre compte comme elle des valeurs communes dont il a disposé dans son intérêt personnel (art. 1437).

Enfin il ne peut faire aucun doute que les époux ayant chacun, en dehors de la communauté, leur patrimoine propre, ne puissent être tenus d'obligations l'un envers l'autre. Nous reviendrons d'ailleurs plus tard sur ce point qui ne présente que peu d'intérêt.

DIVISION

Nous avons déjà vu que le régime de communauté comporte trois patrimoines distincts, celui de la communauté, celui du mari, et celui de la femme. Ces trois patrimoines ont leur existence indépendante, et leur réunion momentanée sous la main d'un administrateur unique crée forcément entre eux des rapports de créancier à débiteur. A quelque point de vue que l'on se place, on rentrera donc dans l'une de ces trois hypothèses :

- 1° Ou la communauté sera débitrice des époux;
- 2° Ou les époux débiteurs de la communauté;
- 3° Ou les époux l'un de l'autre.

PREMIÈRE PARTIE

RÉCOMPENSES DUES PAR LA COMMUNAUTÉ AUX ÉPOUX

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTES CRÉANCES DES CONJOINTS CONTRE LA COMMUNAUTÉ

La communauté de biens est le lien pécuniaire des époux, comme le mariage en est le lien moral. L'association des intérêts, l'espérance du partage des bénéfices, sont le gage de la prospérité du ménage. Mais il ne faut point que l'impulsion légitime donnée aux aspirations des époux tourne à l'exagération, et la loi prend le soin de les protéger eux-mêmes contre leurs propres entraînements, elle leur assure à chacun en propre une réserve contre les revers ou les fautes d'une mauvaise gestion. Cette sollicitude, qui s'attache à eux au moment du contrat, les suit dans le mariage. Libre à eux de venir en aide à la communauté en aliénant leurs propres, et en lui en abandonnant le prix, ou en payant ses dettes; un recours leur est réservé, qui les protège contre toute éventualité. De sorte que lorsque la communauté perçoit, à raison des propres des époux, un avantage quelconque autre que ceux auxquels elle a droit en sa qualité d'usufruitière, elle est tenue de les indemniser.

SÉCTION I. — REMPLOI LÉGAL DES PROPRES ALIÉNÉS.

Ce droit au recours, ce droit au remploi légal, l'idée fondamentale en est dans l'article 1453. A la seule inspection de cet article, on voit que deux conditions s'imposent pour qu'il y ait lieu à récompense : la première, c'est que le prix de l'aliéna-

tion ait été versé dans la communauté; la seconde, qu'il n'y ait pas eu emploi du prix. Nous n'insisterons pas sur le premier point que nous développerons plus tard au chapitre de la preuve des récompenses. Qu'il nous suffise pour l'instant de poser en principe que la communauté n'est tenue de restituer que ce dont elle s'est enrichie. Quant au emploi conventionnel ou volontaire, effectué avec le prix de l'aliénation, il est évident que le conjoint, au compte duquel il a été fait, et qui l'accepte, trouve dans la propriété de l'immeuble subrogé à son propre l'indemnité à laquelle il peut prétendre. Il ne saurait donc être ici question de récompense. Il est clair également que la solution doit être la même, que l'aliénation soit volontaire ou forcée, judiciaire ou faite en vertu d'une expropriation d'intérêt public. La raison est la même, dans tous ces cas, de décider qu'il y a lieu à récompense.

L'article 1433 indique deux hypothèses dans lesquelles la communauté, qui a touché une somme d'argent provenant de l'aliénation d'un immeuble ou d'une servitude foncière propres à l'un des époux, et n'en ayant pas fait emploi, est tenue à récompense. Mais il est simplement énonciatif. Comme l'article 1436, qui détermine le mode d'exercice du emploi légal, il pose une règle générale de droit dont le code lui-même fait l'application dans de nombreux articles (1401, 1403, etc.).

« Ce sont là deux cas particuliers qui n'excluent pas tous les autres dans lesquels il y a lieu à récompense en faveur de l'un des époux, et cet article ne peut être considéré que comme servant de point de départ aux règles d'après lesquelles devront être fixées la quotité de la récompense, les conditions auxquelles le droit à la récompense est subordonné, et les biens sur lesquels la récompense peut être prélevée. » Rodière et Pont, volume II, p. 220.

Le législateur a donc choisi ces deux cas comme exemple, parce qu'ils sont l'application la plus remarquable de cette idée que les propres des époux ne sont pas destinés à venir se fondre dans la communauté.

Mais il serait impossible de rechercher, d'énumérer, sans en omettre, les mille et mille faits et les circonstances multiples qui engagent la communauté envers les époux. Nous nous contenterons donc de n'étudier que les plus importants ou les plus intéressants.

La communauté, dans son ensemble, comprend un actif et un passif. C'est à l'accroissement de son actif, à la diminution ou à l'extinction de son passif que se rapportent nécessairement les faits qui donnent naissance au droit de récompense ; il est donc logique de les ranger en deux classes et, la division générale opérée, de ne nous attarder qu'à ceux qui présentent quelque intérêt de discussion.

A la première classe nous emprunterons les hypothèses suivantes, dont quelques-unes disséminées çà et là au titre du contrat de mariage.

§ 1. Aliénation de propres.

En premier lieu viennent l'aliénation d'un immeuble appartenant à l'un des conjoints, ou le rachat en argent de services fonciers dus à des héritages propres. Le prix est compté à la communauté qui en a la jouissance comme elle avait la jouissance de l'immeuble ou l'exercice de la servitude. Or l'usufruitier des choses fongibles en acquiert la pleine propriété à charge par lui de rendre, à l'expiration de l'usufruit, des choses de même valeur ou leur estimation. Il n'y a donc, quand le prix consiste en une somme d'argent, rien qui mérite de nous arrêter.

Seulement on peut supposer qu'un immeuble a été vendu par l'un des futurs conjoints dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage. Le prix de cet immeuble restera-t-il propre à l'époux aliénateur ? Pothier décidait que oui, car autrement c'eût été favoriser les donations indirectes, à l'insu et peut-être contre le gré des parents qui avaient assisté à la rédaction des conventions matrimoniales.

Sous l'empire du Code civil, les changements faits au contrat avant la célébration du mariage doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. *Nul changement ou contre-lettre n'est valable sans la présence ou le consentement simultané des personnes qui ont été parties au contrat* (art. 1596). Il semble bien que l'aliénation d'un immeuble qui fût resté propre constituerait une grave modification des conventions matrimoniales, si le prix devait tomber dans la communauté. Aussi nombre d'auteurs voient-ils là un changement virtuel sans doute, mais d'autant plus dangereux, et, reculant devant cette conséquence, ils accordent le retrait du prix à l'aliénateur, — argumentant par *a contrario* de l'art. 1404, qui, au cas où une somme d'argent a été, dans le même intervalle, employée par un des conjoints à l'acquisition d'un immeuble, fait tomber l'immeuble en communauté pour éviter toute espèce de fraude.

Cependant cet argument n'entraîne pas notre conviction. En effet, sous le régime de la communauté légale, qui est justement le seul applicable quand il n'a pas été rédigé de contrat, c'est avant tout à l'époque de la célébration du mariage qu'il faut se reporter pour déterminer les droits des époux et de la communauté. Jusque-là tout est aléatoire. Qu'il survienne à la même époque des successions mobilières aux conjoints, que des libéralités de même nature leur soient faites, on ne dira point pour cela que les valeurs recueillies doivent rester propres, sous peine de dérogation aux conventions matrimoniales. D'ailleurs on n'a point sujet de craindre la fraude comme dans le cas prévu par l'art. 1404; car le conjoint qui vend son immeuble ne peut qu'y perdre, tandis que, dans l'espèce contraire, il s'enrichit frauduleusement aux dépens de la communauté. On n'a point non plus à redouter, comme pendant le cours du mariage, l'autorité ou la pression du mari, car la femme conserve encore son indépendance.

Une autre question très délicate est celle de savoir si, dans le cas où l'aliénation du propre, pendant le mariage, a lieu

moyennant la constitution d'une rente viagère, dont les arrérages viennent grossir l'actif commun, il y a lieu à récompense de tout ou partie de ces arrérages. Comme la communauté ne doit récompense que du prix ou de la portion de prix qu'elle a touchés, il n'est point contestable par contre que l'époux propriétaire du propre vendu ait seul droit, à dater de la dissolution du mariage, aux arrérages de la rente, s'il survit, bien entendu. Mais *quid* des arrérages échus au cours de la communauté ? Sous l'ancienne jurisprudence, ce point semblait ne faire aucun doute et, à quelques rares exceptions près, le droit à récompense était reconnu. Pothier donnait cette solution comme certaine, et ne laissait pas entendre qu'il y eût là matière à discussion : « Lorsque l'un des conjoints, durant la communauté, a aliéné son héritage propre pour une rente viagère, la reprise due à ce conjoint consiste dans la somme dont les arrérages de la rente viagère, courus depuis l'aliénation de l'héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, excèdent les revenus dudit héritage, lesquels seraient dans la communauté si l'héritage n'avait pas été aliéné. » (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 594.) Et plus loin, Pothier indique la méthode à suivre pour calculer le montant de la reprise. « Par exemple supposons qu'un héritage, dont le revenu était, toutes charges et risques déduits, de 600 livres par chaque an, ait été aliéné moyennant une rente annuelle et viagère de 4000 livres, et que la communauté ait duré 10 ans depuis l'aliénation de cet héritage ; la rente viagère excède de 400 livres par chaque an le revenu de l'héritage ; c'est pour les dix années qui ont couru pendant la communauté une somme de 4000 livres dont la communauté a profité et dont le conjoint qui a aliéné son héritage doit avoir la reprise. »

Lebrun lui aussi admettait le principe de la récompense, tout en différant sur le mode de calcul. Il indiquait trois systèmes : le premier qu'il faut considérer « le fonds perdu » comme une vente pure et simple ; le second, qui est celui de Pothier ; le troisième qu'il préconise consistait en cette idée qu'il fau-

draît rendre à l'époux aliénateur toutes les années de jouissance, que la communauté a perçues depuis la constitution du fonds perdu, moins les intérêts de ces mêmes arrérages.

Dans notre droit moderne, une théorie nouvelle a pris naissance, ou tout au moins s'est développée et a trouvé d'illustres défenseurs. De nombreux auteurs, au nombre desquels il faut citer Buguet, Proudhon, Marcadé, Rodière et Pont, émettent l'opinion que la communauté ne doit aucune récompense parce qu'en définitive elle n'a perçu que des arrérages, des fruits par conséquent, lesquels en vertu des dispositions expresses de la loi tombent sans indemnité dans le fonds commun.

Au contraire de l'opinion de Pothier, qui prévalait dans l'ancien droit, est maintenue par Toullier, Zachariæ, Aubry et Rau. Deux systèmes très tranchés se trouvent donc en présence, soutenus tous deux par des commentateurs d'un égal mérite, et appuyés par de nombreux arrêts.

Les partisans du système de Pothier nous semblent faire bon marché de textes formels et indiscutables pour sauvegarder, à leur avis, le principe d'équité. Pour échapper à l'article 588 du Code civil aux termes duquel l'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier, pendant la durée de l'usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution, ils prétendent que cet article est complètement étranger à la théorie des récompenses. L'article 1401, alinéa 2, qui porte que la communauté se compose activement de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de la célébration du mariage, on qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, n'est pourtant que la reproduction appropriée de cet autre article. Alors, disent-ils, c'est que l'article 1401 suppose qu'au moment du mariage l'époux est déjà possesseur d'une rente viagère propre. Ce qui est inexact, et contraire aux termes mêmes du texte, qui se termine par ces mots : « ou qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre

que ce soit. ». La distinction qu'on veut établir est erronée, dis-je, car elle reviendrait à dire, ce qui est inadmissible, que dans tel cas la rente viagère serait un être intellectuel, de valeur appréciable, producteur de revenus, et que dans tel autre elle ne constituerait qu'une série de petits capitaux, indépendants et à échéances successives. Si ceci était vrai, les prôneurs du système de Pothier se mettraient en contradiction avec eux-mêmes, quand ils lui empruntent les bases du calcul de la récompense. Ils considèrent les arrérages encaissés par la communauté comme des capitaux, et, guidés qu'ils sont par une spéculation maladroite du principe d'équité, sans l'appui d'aucun texte, ils divisent les arrérages en deux parties, dont l'une est attribuée à l'époux et l'autre à la communauté. Pour être logiques, il leur faudrait abandonner Pothier et suivre Lebrun : cet auteur soumettait la communauté à la restitution du montant des arrérages touchés par elle, moins les intérêts de ces arrérages, puisque la communauté n'a réellement droit qu'aux intérêts des capitaux dont elle doit récompense. En somme toute l'argumentation des partisans de ce système repose sur ces deux idées : qu'il ne faut pas que la communauté s'enrichisse aux dépens des époux, et en second lieu qu'aux termes de l'article 1433 toute aliénation d'un propre donne nécessairement lieu à récompense ; c'est ce que disent Aubry et Rau. « On se mettrait évidemment en opposition avec le texte et l'esprit de cet article en distinguant entre les ventes faites à prix ferme et celles faites moyennant une rente viagère, pour refuser, quant à ces dernières, toute espèce de récompense. Nous ajouterons que ce système offrirait aux époux un moyen facile de se faire pendant le mariage des libéralités irrévocables, contrairement au principe de l'art. 1096, et qu'il présenterait ainsi, surtout pour la femme, les plus grands dangers. »

L'autorité de décision qu'on voudrait prêter à ces arguments est exagérée, et, quoi qu'en disent nos adversaires, nous pensons que le principe d'équité n'est nullement menacé dans la doctrine de non-récompense à laquelle nous nous rallions. A

notre avis, dans le cas d'aliénation d'un propre moyennant une rente viagère, la communauté touche les arrérages pendant sa durée, sans être tenue à aucun dédommagement.

Tout d'abord notre système a-t-il pour résultat forcé d'avantager, à l'encontre de l'art. 1096, la société conjugale au préjudice de l'époux aliénateur? Non sans doute; la communauté peut réaliser un gain, sans que le propriétaire du propre aliéné éprouve une perte quelconque, et c'est, nous croyons pouvoir le démontrer, du hasard seul que dépend l'appauvrissement de ce dernier, comme dans tout contract aléatoire. En effet le vendeur trouve dans le droit temporaire, qu'il acquiert en échange d'un droit perpétuel, un bien propre, subrogé au propre qu'il aliène, et produisant des fruits plus considérables à raison de sa durée incertaine et limitée. S'il survit à la dissolution du mariage, le droit de percevoir les arrérages appartient exclusivement à lui seul : sa jouissance exclusive de la rente prendra naissance le jour même où il eût repris la jouissance de l'immeuble. Si son existence se prolonge, il retrouve avec usure, dans la perception prolongée de revenus excessifs, si on les compare au prix de l'immeuble aliéné, la valeur de son propre, et, tout en tenant compte de la privation momentanée de jouissance qu'il subit, il peut encore réaliser un gain considérable. Il ne faut donc point se préoccuper de ce fait que la communauté doit trouver par contre-coup son profit dans cette opération, car l'intérêt personnel du conjoint aliénateur peut être son seul guide dans la conclusion d'une affaire, bonne ou mauvaise selon les circonstances. En un mot, il est possible que les bénéfices réalisés par la communauté diminuent le gain du propriétaire de l'immeuble, sans l'empêcher pour cela d'avoir fait une excellente affaire.

Le principe d'équité et l'article 1096 sont par conséquent hors de jeu.

Et ce ne sont point là les seules raisons qui nous décideraient à nous séparer de l'opinion de Pothier. Étant admis que la place du propre n'est point restée vide, qu'elle est remplie par

une acquisition équivalente, l'autre conjoint serait mal venu à critiquer l'avantage résultant pour la communauté de l'augmentation des revenus produits par le nouveau propre. En effet, si la communauté a droit à tous les revenus des biens des époux, il ne faut pas croire (et c'est là surtout la raison qui semble avoir décidé Pothier) que ce droit soit fixe, immuable dans son étendue, et indépendant des circonstances. Les époux ne sont pas plus tenus de parfaire le rapport annuel de leur patrimoine quand il diminue, qu'ils n'ont le droit d'en réclamer l'excédent quand il augmente. L'usufruit de la communauté sur les biens des époux est un droit variable, sans assiette certaine, susceptible d'augmentation ou de diminution, subordonné aux droits de propriété et de libre disposition des époux, qui restent toujours maîtres de remanier leur patrimoine à leur gré (Rodière et Pont). De même que dans le cas d'améliorations utiles faites sur les biens propres, le rapport plus fructueux des immeubles profite à la communauté sans qu'elle soit tenue d'en rendre compte, de même en doit-il être au cas d'acquisition d'un droit viager en échange d'un droit perpétuel. Dans l'hypothèse d'échange d'un propre productif contre un immeuble de moindre rapport, à quels obstacles ne se heurterait-on pas s'il fallait faire entrer en ligne de compte de pareils éléments de calcul !

Enfin, nous le répétons, le système de nos adversaires méconnaît complètement le caractère de la rente viagère. Il décompose arbitrairement les revenus annuels de la rente viagère en deux parties : l'une qui représente les intérêts d'un capital fictif, représentatif de la valeur du propre, l'autre une quote-part de ce capital, remboursable par annuités, et dont, aux termes de l'article 1435, la communauté devrait récompense.

Cette théorie nous semble consacrer une grave hérésie juridique et méconnaître les articles 588 et 1568 du Code civil, qui ont tranché la question, si débattue dans l'ancien droit, de savoir si les arrérages de la rente viagère doivent être considérés ou non comme des fruits.

Ce qui vient d'être dit du cas d'aliénation d'un droit perpétuel en échange d'un droit temporaire, nous le dirons également dans l'hypothèse inverse. Par exemple, un usufruit d'un rapport de 800 francs est aliéné moyennant un capital de 10 000 francs. La communauté qui, avant l'aliénation de l'usufruit, avait un revenu annuel de 800 francs, ne va plus toucher dorénavant que l'intérêt de cette somme de 10 000 francs, soit 500 francs, si nous le calculons à 5 pour 100. Selon Pothier, la communauté, tenue d'indemniser l'époux vendeur, a cependant le droit d'exercer une certaine retenue sur le capital qu'elle restitue : « *Lorsque c'est un droit d'usufruit ou de rente viagère propre à l'un des conjoints qui a été vendu durant la communauté pour le prix d'une certaine somme d'argent payée comptant, le conjoint ne doit avoir la reprise de cette somme que sous la déduction de ce dont la communauté aurait profité des revenus de cet usufruit ou des arrérages de cette rente, pendant tout le temps couru depuis la vente qui en a été faite jusqu'à celui de la dissolution, au delà des intérêts de la somme reçue pour le prix : car la communauté n'a profité de la somme reçue pour ce prix que sous cette déduction.* » (Pothier, vol. 7, *Traité de la communauté*, n° 592.)

Malgré cela, les raisons précédemment développées nous conduisent à décider que la récompense sera de la totalité du prix de la vente, sans déduction aucune. Pourtant, cette solution est vivement combattue, et nombre d'auteurs s'en tiennent absolument au système de Pothier. D'autres cherchent à établir une distinction, et donnent une solution différente, selon que la communauté vient à se dissoudre par la mort de l'époux titulaire de l'usufruit, ou que ce dernier survit à la communauté.

Le système de Pothier repose encore sur cette idée que les époux sont garants envers la communauté de l'usufruit de leurs biens. Cependant, ses conséquences sont inacceptables, car il ne tient aucun compte de la durée que pouvait avoir la jouissance de la communauté, si le rachat n'avait pas eu lieu, et des

résultats bizarres qu'entraînerait, dans le calcul de la récompense, la réduction de l'excédent de rapport de la rente viagère ou de l'usufruit sur le revenu du capital obtenu en échange. Cette considération était pourtant digne d'arrêter l'attention des commentateurs. Qu'on suppose, en effet, qu'au lieu de subsister pendant dix ans après l'échange par l'un des époux d'un droit temporaire contre un droit perpétuel, la société conjugale ait eu une existence de quarante années, qu'arriverait-il dans le système de Pothier? « *La jouissance de la communauté ayant été diminuée de 300 francs par an (dans l'espèce) par l'effet de l'échange, non seulement l'époux propriétaire n'aurait pas à exercer la reprise des 10 000 francs, prix de l'aliénation versé dans la communauté, mais encore il devrait 2000 francs au fonds commun.* » (Marcadé.)

Une autre théorie est enseignée par MM. Colmet de Santerre (n° 78 bis, VII) et Aubry et Rau. Si c'est par la mort de l'époux titulaire du droit temporaire que se dissout la communauté, il n'y a pas lieu à récompense. Si, au contraire, cet époux survit, il a droit à une indemnité égale au prix de vente, déduction faite de la différence existant entre les intérêts du prix et la valeur des fruits ou les arrérages que la communauté eût continué à percevoir si le droit n'avait pas été aliéné.

Dans l'hypothèse de la survie de l'époux titulaire, la solution est la même que celle que Pothier donne dans tous les cas. Nous ne saurions donc admettre le mode de calcul de la récompense suivi par M. Colmet de Santerre, car, à notre avis, la communauté n'a droit qu'à l'usufruit, à la jouissance des biens des époux, quelles que soient la composition de leurs patrimoines et les variations qui viennent les affecter.

Au cas du prédécès de l'époux aliénateur, la solution donnée par les auteurs cités plus haut me semble également inadmissible. L'usufruit (ou la rente viagère), d'après eux, ne consisterait que dans la jouissance temporaire d'une chose appartenant à autrui et s'éteindrait successivement par le fait même de son exercice (Rod. et Pont, t. V, p. 353, n° 5). La communauté se trouvant

misé à la place de l'époux titulaire, il en résulte que la cession de l'usufruit, si la jouissance en vient à se dissoudre par le décès du cédant, n'aura porté réellement que sur la jouissance de la communauté ; d'où, par suite, il n'y a pas lieu à indemnité de la part de celle-ci, car l'enrichissement du patrimoine commun ne fait rien perdre au patrimoine de l'époux aliénateur.

Cette idée que la vente d'un droit temporaire, tel qu'un usufruit ou une rente viagère propre à l'un des conjoints, n'est, selon les circonstances, que la cession du droit de jouissance de la communauté est peu juridique. L'usufruit, comme droit immobilier, ou la rente viagère (provenant, par exemple, d'une donation avec clause d'exclusion de la communauté), constitue, nous l'avons vu tout à l'heure, des droits indépendants des arrérages ou des fruits qu'ils produisent. Ces droits incorporels n'appartiennent aucunement à la communauté ; ils restent propres au conjoint dont ils proviennent ou en faveur de qui ils sont créés, et celui-ci en peut disposer à son gré et courir toutes les chances d'une bonne ou d'une mauvaise spéculation. S'il échangeait cet usufruit contre un immeuble, on hésiterait peut-être à soutenir, en dépit de l'article 1401, que l'immeuble obtenu en échange devient acquêt de communauté, au cas de dissolution par la mort du conjoint coéchangiste. Eh bien, où est la raison d'établir une différence entre les cas où la valeur acquise en échange du droit temporaire consiste en un immeuble et celui où elle consiste en argent comptant ?

D'ailleurs, il est inexact de dire que le prix de la cession encaissé par la communauté n'est point, dans cette hypothèse, une perte pour le patrimoine dont l'usufruit dépendait : « Car l'acquisition n'est pas purement gratuite, puisqu'il y a eu un contrat aléatoire qui, en offrant au patrimoine de l'époux une chance de gain qui s'est réalisée, lui présentait aussi une chance de perte pour le cas où la communauté venant à se dissoudre par la mort du conjoint, l'usufruit aurait duré longtemps encore après la dissolution. »

En résumé, le droit d'usufruit aliéné étant un propre, le

prix pour lequel il a été vendu est donc propre également. Le conjoint sur la tête de qui reposait le droit temporaire aliéné a donc droit au remploi légal, et la communauté, de son côté, n'ayant droit qu'à l'intérêt du prix principal, c'est ce prix qui doit être intégralement restitué.

L'article 1433 met sur la même ligne que l'aliénation d'un propre le rachat par des tiers de services fonciers, dont le prix a été versé dans la communauté. L'époux auquel appartient l'immeuble dominant a droit au retrait du prix.

§ 2. Échange.

« Si l'un des conjoints a aliéné son héritage propre à titre d'échange contre des choses mobilières, il est créancier de la communauté de la reprise de la somme que valaient lesdites choses au temps qu'il les a reçues. » (*Pothier, comm. n° 595*). Nous ferons cependant une distinction. Si l'objet donné en contre-échange est un meuble autre qu'une chose fongible, ou une créance qui ne devient pas exigible pendant la communauté, il constitue pour l'époux échangiste un propre qu'il reprend dans l'état où il se trouve lors de la dissolution. Mais si l'objet acquis est fongible ou de telle nature qu'on ne puisse s'en servir sans le consommer, on rentre dans la prévision de l'article 1433.

Quand l'échange d'un propre est accompagné de soulte au profit de l'époux, celui-ci exerce la reprise du montant de la soulte, si les deniers ont été versés dans la communauté.

§ 3. Donation onéreuse.

Il faut supposer qu'un des époux fait donation d'un propre à un tiers, en lui imposant certaines charges appréciables en argent, et dont la communauté tire profit.

§ 4. Donation mobilière faite à l'un des conjoints sous la condition qu'elle n'entrera pas en communauté.

Cette clause est parfaitement licite. En effet, la communauté n'en acquiert pas moins l'usufruit de la chose ou de la somme donnée. S'agit-il d'un corps certain, le mari en tire l'usage auquel il est destiné; est-ce de l'argent, il vient se confondre momentanément dans la caisse commune; les droits de la communauté et les droits du mari sont donc respectés. La communauté dissoute, le donataire prélève l'objet en nature, ou une somme équivalente à celle dont il a été gratifié.

§ 5. Partage d'immeubles pendant la communauté.

Supposons une succession immobilière indivise entre l'un des époux et un étranger, et dont le partage en nature ne peut se faire commodément. Il y a lieu de recourir à la licitation des immeubles. Si c'est un étranger qui se porte acquéreur sur licitation, il est admis que l'adjudication a tous les caractères de la vente; et dès lors la portion du prix qui revient à l'époux et qui tombe en communauté est sujette à récompense. En second lieu, si c'est l'époux copropriétaire par indivis ou son conjoint qui se rend adjudicataires, nous entrons dans l'hypothèse de l'article 1408 qui attribue à l'immeuble licité tout entier le caractère de propre (sauf les restrictions apportées en faveur de la femme à ce principe général). Alors récompense est due à la communauté de la soulte qu'elle a payée au copropriétaire. Mais quand c'est le cohéritier de l'époux qui se porte acquéreur, faut-il faire l'application de l'article 883 aux termes duquel chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, et doit-on par suite attribuer à la communauté la portion du prix d'adjudication qui revient à l'époux, parce que c'est une valeur mobilière et que les

valeurs mobilières provenant de successions tombent en communauté? Dira-t-on au contraire que la règle posée dans cet article n'a trait qu'aux rapports des copartageants entre eux; mais qu'en fait, quand il s'agit de régler les rapports du conjoint copartageant et de la communauté, la fiction n'a plus raison d'être? Il est bien entendu que la solution doit être la même, qu'il s'agisse de l'attribution amiable ou judiciaire à l'un des tiers héritiers de tout ou partie des immeubles héréditaires, à charge de paiement d'une soulte, ou que le partage d'immeubles procède d'une autre cause que d'une succession).

La première opinion est soutenue par Bourjon. Il la fonde « sur ce que les partages, ayant déjà dans la jurisprudence de son temps un effet rétroactif, le conjoint est censé avoir succédé directement aux deniers dont son cohéritier est tenu envers lui : *ce retour en deniers étant en soi un effet mobilier, et ne pouvant lui tenir lieu d'aucun immeuble qu'il ait eu, doit tomber dans la communauté.* »

L'idée contraire, émise par Pothier, me semble préférable, parce qu'elle est plus juste et ne subordonne pas la dévolution de la part de l'époux cohéritier à un accident de partage, trop facile à combiner, dont les surprises faciliteraient fatalement la spoliation des conjoints et surtout de la femme au profit de la communauté. Ce résultat choquant n'est d'ailleurs imposé par aucune disposition légale, par aucune raison juridique. Quand la masse à partager est tout-immobilière, il ne peut y avoir aucun doute sur la nature des droits des ayants cause. Est-il donc si vrai que l'application de l'article 885 s'impose dans l'espèce? Est-ce ici véritablement le cas d'une opération consolidant, fixant les droits, jusqu'alors indéterminés, de chacun des cohéritiers dans la masse à partager? Admettons pour un instant que l'adjudicataire soit étranger à la succession. La jurisprudence admet unanimement que l'adjudication a tous les caractères d'une vente, et ne constitue plus dès lors une opération de partage, soumise au principe de l'article 885. Par suite l'époux copropriétaire par indivis est considéré

comme ayant aliéné un propre, et on lui reconnaît sans conteste le droit au remploi légal de la portion du prix à lui afférente. Il serait arbitraire de décider autrement quand c'est par hasard un des tiers colicitants qui se porte acquéreur, surtout quand il n'est plus question de protéger les ayants droit les uns contre les autres.

D'ailleurs les deniers employés au payement de la portion du prix d'adjudication ou de la soulte, ou la créance qui la représente ne font point partie de l'hérédité. Les deniers sont pris dans la caisse des cohéritiers. C'est contre lui seul que la créance prend naissance. Ce ne sont donc point des deniers ou une créance héréditaires, des objets dépendant de la succession, soumis au partage, et entrant dans la composition des lots. Ils représentent plutôt le prix d'un droit immobilier, indéterminé sans doute, mais cédé tel quel contre une somme déterminée ; on pourrait dire le prix de l'aliénation de droits successifs avant partage. Pothier me semble donc avoir saisi le côté vrai de la question quand il dit : « Ce n'est pas dans la bourse de la succession mais dans la bourse du cohéritier qui en est chargé (de la soulte) que doit se prendre ce retour en deniers dont son cohéritier est chargé envers lui, puisque la succession était tout immobilière. Ce retour en deniers doit donc passer pour une créance envers son cohéritier, mobilière à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus dans son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu de ce qui manquait à son lot pour parfaire sa part et son droit à une succession immobilière. Cette créance lui est provenue durant le mariage du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier ; elle doit donc, suivant notre principe, quoiqu'elle soit immobilière en soi, être exclue de la communauté. » (Pothier, t. de la comm. n° 100) (Voir également, Marcadé, 1408, 8 bis ; Troplong, 444 ; Toullier, XII, 118 ; Cour de Cass. reg. 11 déc. 1850 ; Dalloz, 51, p. 287).

Quid quand il s'agit d'une succession comprenant *pro parte*

des meubles et des immeubles, et que le copartageant débiteur de la soulte est abandonnataire de meubles et d'immeubles ? Ici encore on retrouve les mêmes éléments de décision. Mais il faut opérer, dans le calcul de la récompense, la défalcation de la valeur des objets mobiliers représentée par une partie proportionnelle de la soulte. Par conséquent, l'époux auquel est attribuée la soulte n'a droit à la reprise que de ce qui, dans l'attribution faite au copartageant, dépasse la part virile de celui-ci dans les immeubles partagés, et jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour compléter la part virile de l'époux dans les mêmes immeubles. Précisons par un exemple : une succession composée de 60 000 francs d'immeubles et de 30 000 francs de meubles échoit à trois enfants. Chacun a donc droit à 30 000 francs. L'un d'eux reçoit dans son lot pour 30 000 francs d'immeubles héréditaires, et d'actions également héréditaires, pour 15 000 francs, et il est chargé d'une soulte de 15 000 francs envers un de ses cohéritiers, qui est loti en outre d'un immeuble de 15 000 francs. Régulièrement, ce dernier avait droit à une part immobilière de la valeur de 20 000 francs. L'immeuble dont il est loti ne vaut que 15 000 francs, les cinq autres 1000 francs sont donc représentés par le tiers de la soulte qui s'élève à 15 000 francs ; et, comme la somme employée pour la fournir est prise en dehors de l'hérédité, l'affectation particulière de cette partie de la soulte est le principe d'une action en reprise pour celui qui l'a reçue, et en récompense à la communauté pour celui qui l'a payée.

Le troisième copartageant est loti au moyen de 15 000 francs d'immeubles et de 15 000 francs de valeurs restantes, c'est-à-dire en valeurs héréditaires. La doctrine et la jurisprudence admettent généralement qu'il (art. 883) reprend tous ses droits, et qu'il n'y a lieu ni à reprise ni à récompense. Cette opinion me semble inadmissible, à raison des dangers qu'elle présente dans la pratique. Le principe de l'art. 883 a des limites. Son but est de rendre aléatoire avant le partage définitif toute

disposition des meubles ou des objets *indivis* par le fait individuel des cohéritiers; d'enlever aux aliénations prématurées, aux constitutions anticipées d'hypothèques ou de charges tout caractère d'irrévocabilité; mais en dehors du but de protection des propriétaires les uns contre les autres, je n'aperçois pas la raison d'étendre le principe que le partage est déclaratif de propriété; et même dans l'espèce je n'en vois que le péril. (Voir en sens contraire, Cour de cassation, reg. 11 décembre 1850, Dalloz, 51, page 587.) Il n'y aurait aucune difficulté si le partage avait eu lieu antérieurement au mariage. La soulte serait assimilable au prix ou à la créance du prix de vente d'un propre aliéné avant le mariage.

§ 6. Action en nullité ou rescision de vente de propres.

La vente d'un immeuble pour un prix n'atteignant pas au moins les 5 douzièmes de sa valeur réelle donne lieu à une action immobilière dite en rescision. Cette action fait partie du patrimoine propre de l'aliénateur. Si toutefois le tiers acquéreur ne veut point subir la résolution du contrat, il jouit d'une certaine liberté d'option, et il lui est permis de conserver l'immeuble en fournissant le supplément du juste prix, sous déduction d'un dixième; mais la faculté qui lui est laissée ne modifie pas la nature du droit. Le supplément n'est qu'*in facultate solutionis* (Pothier, vente, n°549, Code civil, art. 1681). La somme donnée en supplément doit être considérée comme le prix de cession d'un droit immobilier, dont l'encaissement par la communauté donne lieu à récompense.

Il en est de même de toutes les autres actions en nullité ou en résolution qui appartiennent aux conjoints (Incapacité, défaut d'autorisation maritale, retard dans le paiement du prix, en matière d'aliénation d'immeubles). L'époux, auquel appartiennent ces actions immobilières, peut les céder, ou y renoncer, ou transiger sur elles. Ces actes sont assimilables à la cession onéreuse de droits immobiliers et soumis aux mêmes règles.

Supposons maintenant que l'époux ait acheté un immeuble à vil prix avant le mariage. Le vendeur exerce au cours du mariage l'action en rescision. L'acheteur a deux partis à prendre : ou restituer l'immeuble et reprendre le prix qu'il a payé, ou parfaire le juste prix. S'il conserve l'immeuble en vertu de l'art. 1684, c'est-à-dire en complétant le prix, il n'y a là qu'une confirmation pure et simple de la vente. La communauté paye-t-elle le supplément, c'est affaire entre l'époux et elle. Mais si le conjoint acquéreur à vil prix aime mieux restituer l'immeuble, les auteurs ne sont plus d'accord. Les uns prétendent que la somme restituée tombe dans la communauté, car la rescision prononcée a un effet rétroactif qui fait considérer le contrat comme n'ayant jamais existé. Il s'ensuit qu'on ne peut point dire qu'il y ait eu vente, ni acquisition d'un droit immobilier au profit de l'époux ; par conséquent les deniers restitués ne sont point la représentation d'un propre (Pothier, n° 598).

D'autres au contraire maintiennent dans ce cas le principe du remploi légal (Rod. et Pont, 520, Toullier, t. XII, n° 489). Le motif qu'ils en donnent est que l'époux avait titre et possession avant le mariage, et que l'option qui lui est laissée entre le paiement du supplément de prix ou l'abandon de l'immeuble serait un moyen de frustrer ou d'avantager à son gré la communauté, si dans le premier cas l'immeuble restait propre, tandis que dans le second le prix restitué tomberait définitivement dans la masse commune (Demol., IX, 559). A mon avis pourtant, l'opinion de Pothier doit être adoptée, comme plus conforme aux principes de notre droit sur les effets de l'annulation des contrats, qui n'en laissent rien substituer dans le passé. (Voir également Toullier, II, p. 153).

Pothier, qui a nettement tranché la question en ce qui concerne la rescision pour cause de lésion, hésite cependant à appliquer la même solution au cas de vente à réméré. « *La clause de réméré*, dit-il dans son *traité de la vente* n° 585, *est une cause par laquelle le vendeur se réserve de racheter la chose vendue. Eh bien, si le vendeur rachète, l'époux acqué-*

reur revend le bien qui lui était propre. Par suite il y a lieu d'appliquer la théorie des récompenses. » Le point de départ de Pothier est faux, et ne peut justifier la distinction qu'on voudrait établir entre le réméré et la rescision pour lésion. En effet, dans notre droit, les caractères de l'action en réméré sont nettement définis. L'exercice de cette action ne consiste pas dans une rétrocession de droits; il tend au contraire à l'annulation absolue d'un contrat et à la destruction rétroactive de tous les effets qu'il était appelé à produire. Aussi est-ce improprement qu'on a donné à cette sorte de condition résolutoire le nom de réméré. Si le vendeur use à temps de son droit, il met la vente à néant. L'époux acquéreur reprend le prix d'acquisition qu'il a payé sans cause. Il retire un capital mobilier dont il s'était en quelque sorte indûment dépouillé. Dès le mariage, la communauté fût devenue propriétaire de ce capital, si cet incident dénué de tout effet ne s'était produit. Elle seule peut donc prétendre au bénéfice de la restitution.

Il en doit toujours être ainsi, quelles que soient les causes de résolution, de révocation, d'annulation qui infirment les contrats translatifs de propriété passés par les époux agissant comme acquéreurs. En vain soutient-on que leur refuser la récompense des sommes remboursées serait les frustrer d'espérances légitimes. En leur qualité de parties aux contrats, ils étaient au contraire les premiers qui dussent concevoir des doutes sur la validité et la durée de ces contrats, dont ils n'étaient assurément pas les derniers à connaître les conditions résolutoires ou les vices. Il en doit être de même et à plus forte raison quand le titre d'acquisition de l'époux dépossédé était radicalement nul.

Nous devons cependant reconnaître que la plupart des auteurs se rallient à cette idée erronée qu'il est plus conforme à l'équité et à l'intention des parties de décider que la somme restituée au conjoint qu'on dépouille d'un immeuble, même par une action en rescision, ne tombe en communauté qu'à charge de récompense: « Il nous paraît que, dans les

rapports de ce conjoint avec son époux, cette somme est incontestablement le prix d'un droit immobilier, car il était tel au moment du mariage. » (Bugnet sur Pothier, en note, *loc. cit.*)

Pothier prévoit spécialement diverses hypothèses, offrant toutes un certain rapport avec la question présente, et que nous allons passer rapidement en revue.

Il suppose d'abord que pendant le mariage l'un des conjoints a été obligé de délaisser sur une action hypothécaire un immeuble qui lui était propre. Il a reçu une certaine somme pour le prix des améliorations faites par lui sur cet immeuble avant son mariage : il devient créancier de la communauté de la reprise de cette somme ; « car ces améliorations étant quelque chose qui fait partie de l'héritage sur lequel elles ont été faites, la somme qu'il a reçue pour ces améliorations est une somme qu'il a reçue pendant la communauté pour le prix de son propre qu'il a été obligé d'aliéner et de délaisser durant la communauté ». Si au contraire ces travaux d'amélioration ont été faits pendant le mariage, et que la communauté en touche le prix, il n'y a pas lieu à récompense, car il se fait une sorte de compensation entre les deniers que la communauté a touchés et ceux qu'elle a déboursés. (Pothier, 599.) Il faut encore décider de même aujourd'hui. Il est en effet généralement admis que l'adjudication sur délaissement ou sur saisie ne résout point absolument et rétroactivement le droit du propriétaire dépossédé, alors même que la cause d'éviction est imputable aux propriétaires antérieurs. La somme qui est allouée à l'évincé pour ses impenses est donc pour lui la valeur représentative d'un bien propre qu'il aliène, et dont il peut exercer la reprise. Nous ne pensons donc point qu'il y ait lieu ici de faire l'application des règles auxquelles nous nous sommes arrêtés tout à l'heure, puisqu'il n'y a pas annulation absolue du contrat.

Pothier étudie ensuite le cas où l'un des conjoints est contraint de délaisser sur une action en revendication intentée

contre lui par le véritable propriétaire, et où des impenses ont été faites sur l'immeuble par l'époux, toujours avant le mariage. Ici la solution qu'il donne est toute différente. Il n'accorde au possesseur évincé qu'une action personnelle mobilière contre le propriétaire qui l'évince, et par suite n'admet point la possibilité d'une récompense du prix versé dans la communauté. En un mot, il fait l'application du principe : *Accessorium sequitur jus ac dominium rei principalis*. Cette théorie cependant me semble trop subtile pour être admissible. Quoi qu'en dise Pothier, les travaux d'amélioration, les constructions, les plantations, qui ont été faits sur l'immeuble par un possesseur sans droit, qu'il soit de bonne ou mauvaise foi, peu importe, ont un caractère immobilier : ils sont immeubles par accession, par destination si l'on aime mieux. Le possesseur est-il de mauvaise foi, le propriétaire véritable, s'il conserve les travaux, est tenu d'en rembourser la valeur. Dans le cas de bonne foi, même, il ne peut en exiger l'enlèvement (art. 555 C. civ.). Le paiement de cette indemnité, de quelque nom qu'on l'appelle, n'est toujours que le prix d'une chose immobilière, ou au moins possédée à ce titre, lorsque intervient le règlement de l'indemnité. Et cette chose immobilière, ces travaux, ces bâtiments, ces plants d'arbres, si l'on se reporte à l'époque antérieure au délaissement ou au jugement intervenu sur l'action en revendication, cette chose immobilière, dis-je, n'appartenait pas en fait au véritable maître de l'immeuble. Il y a donc en quelque sorte, de la part du conjoint, possesseur évincé, aliénation d'un droit immobilier, dont le prix, représenté par l'indemnité qu'il reçoit, appartient à lui seul. Nous avons vu qu'il en est autrement des sommes restituées à l'époux, et représentatives du prix d'achat dans le cas d'acquisition d'un immeuble appartenant à autrui.

La somme attribuée à l'un des conjoints à la suite d'une transaction sur le droit qu'il prétendait à un immeuble donne lieu à reprise. En effet, bien qu'il soit incertain s'il était pro-

priétaire de l'immeuble qu'il abandonne, la prétention dont il fait argent avait un certain caractère de droit immobilier.

Supposons au contraire que ce soit l'époux dont on attaque l'acquisition pour nullité radicale, par exemple parce que la vente a pour objet une *res aliena*. Il intervient une transaction, aux termes de laquelle l'époux délaisse l'immeuble, moyennant une certaine somme. J'admettrai, avec Pothier, qu'il aura droit à la récompense de cette somme. « Cette somme est le prix de la prétention qu'il avait sur l'immeuble. Cette prétention est une espèce de droit qu'il avait dès avant son mariage, et qui était par conséquent propre : la somme qu'il a reçue pour l'abandon de cette prétention peut donc être regardée comme le prix de l'abandon de son propre, qu'il a fait durant le mariage et dont il doit avoir par conséquent la reprise, » (Pothier, n° 601.)

§ 7. Indemnités de sinistres.

Si un incendie détruit, au cours du mariage, un immeuble propre à l'un des époux, l'indemnité du sinistre, payée par une compagnie d'assurance, doit-elle être considérée comme représentative de l'immeuble et revenir exclusivement à l'époux propriétaire? Cette question présente beaucoup de rapports avec cette autre : savoir si l'indemnité doit être attribuée de préférence dans l'ordre de leurs inscriptions aux créanciers hypothécaires. Il est généralement admis que l'indemnité a un caractère mobilier, et que par conséquent les créanciers doivent tous venir au même rang et au marc le franc. Cependant il n'est pas moins vrai que cette valeur mobilière, la communauté n'avait aucun droit d'y compter. Il serait aussi immoral pour les époux de fonder des espérances sur des cas fortuits de cette nature que pour le législateur de légitimer ces espérances, car la cupidité du conjoint en pourrait quelquefois provoquer la réalisation.

SECTION II. — DES MEUBLES QUI NE TOMBENT PAS EN COMMUNAUTÉ.

Après avoir passé en revue les diversés créances que les époux peuvent avoir contre la communauté par le fait de l'aliénation de leurs biens immobiliers personnels, ou à l'occasion de divers autres contrats dont leurs immeubles propres forment l'objet, on peut se demander si les objets mobiliers, quelle que soit leur origine, quelles que soient les causes ou les conditions de leur acquisition, viennent toujours et nécessairement se fondre dans l'actif commun, même sous le régime de la communauté légale, sans récompense pour le conjoint dont ils proviennent.

L'article 1401 du code civil, dans sa généralité, fait tomber dans l'actif de la masse commune tous les biens mobiliers appartenant aux époux au jour de la célébration du mariage, ou acquis par eux pendant sa durée; aux termes de l'alinéa 2 du même article, il y faut comprendre également tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant de tous les biens, meubles ou immeubles, des trois patrimoines.

Il ne faudrait point croire cependant que cette règle soit absolue : il se présente en effet nombre de cas où ne tombent en communauté qu'à charge de récompense des effets mobiliers ou des deniers provenant de toute autre cause que l'aliénation d'immeubles propres. Il arrive même que de simples fruits soient susceptibles de remploi légal. Le Code lui-même en donne plusieurs exemples.

Une question vient donc se placer naturellement ici, que nous devons résoudre tout d'abord : c'est de savoir si, sous le régime de la communauté légale, il peut y avoir des meubles réellement propres, c'est-à-dire qui n'entrent point dans l'actif commun, même à charge de récompense, et sur lesquels les conjoints conservent autre chose qu'un droit de créance, sur lesquels par conséquent l'usufruit de la communauté s'exerce

d'une autre façon que celle indiquée dans l'art. 589 pour les choses fongibles. Cette question a donné naissance, sur certains points, à de nombreuses controverses. Je me contenterai de rappeler les opinions les plus accréditées, sans entrer d'ailleurs dans des détails inutiles.

Je supposerai d'abord l'existence, dans un contrat de mariage, d'une clause de réalisation de meubles, ce qui constitue une des formes de la communauté conventionnelle. Tous les auteurs, sauf peut-être quelques rares exceptions, sont d'accord pour reconnaître que la communauté comporte des meubles propres dans la véritable acception du mot, c'est-à-dire restant avec leur individualité, *in specie*, dans le patrimoine des époux. Quelques commentateurs cependant sont d'avis contraire. D'après eux, aucun meuble ne saurait être véritablement propre ; la communauté en serait propriétaire, qu'ils fussent ou non fongibles, ou livrés avec estimation sauf créance au profit des époux. C'est la théorie émise par Pothier. (*Comm. convent.*, 1^{re} partie, ch. cxi, n° 325.)

« Il y a, dit-il, une grande différence entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté, et les propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels..... Au contraire, les mobiliers réalisés ou propres conventionnels se confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté qui est seulement chargée d'en restituer la valeur après sa dissolution. En conséquence le mari, comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. Leur exclusion de la communauté ne consiste que dans une créance de reprise de leur valeur. »

Si cela était vrai, on en arriverait dans la pratique à des résultats aussi absurdes que choquants. « Pourrait-on refuser le caractère de meuble rigoureusement propres à une collection de portraits de famille qu'un parent a léguée à sa parente mariée en communauté, sous la condition qu'ils n'entreront pas en communauté. Il est bien clair que la condition du testateur

ou la stipulation de la femme a pour but d'attribuer un propre à cette femme; non pas une créance de la valeur des tableaux, mais les tableaux eux-mêmes. » (Marcadé, art. 1401.)

D'ailleurs si la loi est muette sur cette sorte de propres, on ne voit nulle part non plus qu'il ne puisse y en avoir; et l'existence de propres mobiliers parfaits cadre parfaitement avec les dispositions du code. En effet l'article 1401 admet expressément qu'une partie du mobilier soit exclue du fonds commun, même sous le régime de la communauté légale : (la communauté se compose activement..... de tout le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire). La communauté conserve seulement l'usufruit de ce mobilier.

Or, pourquoi n'existe-t-il point de disposition spéciale qui règle la façon dont s'exerce cet usufruit? C'est que le cas était déjà prévu dans les articles 587 et 589. Seul, l'usufruit des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer attribue à l'usufruitier le droit de s'en servir comme il veut et d'en disposer à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur ou leur estimation à la fin de l'usufruit.

Toullier tire encore un excellent argument de l'article 1510 du Code civil, dont le second alinéa porte qu'en cas de clause de séparation de dettes, si le mobilier apporté par les époux n'a pas été inventorié ou constaté par un état authentique antérieur au mariage, les créanciers de l'un et de l'autre des époux peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur payement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté. Donc, dit-il, les créanciers ne peuvent pas se payer sur le mobilier inventorié; donc le mobilier inventorié ne se confond pas avec le mobilier non inventorié; donc le conjoint qui a exclu des meubles de la communauté (ou à qui des libéralités mobilières ont été faites sous la même réserve), conserve la propriété de ces meubles et peut les revendiquer contre les

créanciers du mari. Cela prouve suffisamment que le mari n'a pas le droit d'en disposer.

Certains auteurs se sont cependant refusés à admettre cette solution, et prétendent ranger les meubles réservés en diverses catégories d'après l'analogie présentée par le mode de rédaction de la clause d'exclusion avec l'insertion de clauses semblables dans certains autres contrats, et par une extension arbitraire des dispositions spéciales du Code applicables à ces espèces particulières. Il faut reconnaître que les arguments invoqués sont assez spécieux. Dans une société civile ordinaire, les meubles qui se détériorent en les gardant, qui ont été destinés à être vendus, ou qui ont été mis dans la société sur une estimation portée par un inventaire, sont aux risques de la société. Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de l'estimation (art. 1851, C. civ.). Et même en cas d'estimation il n'est pas besoin d'aller chercher si loin ; on pourrait trouver, dans une matière qui offre des rapports beaucoup plus intimes et plus directs avec la nôtre, une analogie, apparente sans doute, mais plus frappante : Sous le régime dotal, si la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur que du prix du mobilier (art. 1551, C. civ.).

Mais qu'on y pense bien, nous ne sommes pas ici en présence d'une société civile ordinaire. La communauté a ses règles spéciales et indépendantes. C'est une société constituée et organisée dans un but tout différent, où les associés ne jouissent ni des mêmes droits, ni des mêmes attributions. Considérer le mari, chef de la communauté, comme maître absolu des meubles dont la femme entendait cependant se réserver la propriété, lui permettre de disposer sans contrôle des choses auxquelles elle attache peut-être un prix inestimable pour ne lui laisser qu'une créance sur un insolvable peut-être, et cela par l'effet d'une présomption légale dont on ne trouve pas de traces dans notre titre, cela seul suffirait pour rendre impopu-

laire un régime adopté par le législateur comme le mieux approprié aux mœurs et aux idées nationales. L'inutilité d'une semblable règle et l'iniquité de ses résultats démontrent suffisamment qu'il faut se garder d'une assimilation dangereuse. * (Voir un arrêt de la Cour de Paris, 8 avril 1869, Dal., 69, p. 236, et Colm. de Santerre, n° 71 bis, X). La Cour de Paris avait à statuer sur les effets de l'estimation, dans un contrat de mariage contenant stipulation de société d'acquêts, d'un office réservé propre au mari, et décidait que cet office restait propre à ce dernier. La Cour de Bordeaux était même allée plus loin ; de cette règle appliquée également à un office, elle déduisait que c'est le mari et non la communauté qui doit profiter de la plus-value acquise naturellement à cet office (D. P., 56, 2, 177).

Il en est de même des meubles propres destinés à être vendus. Tant qu'ils ne sont pas vendus, ils constituent des propres parfaits pour l'époux dont ils proviennent, et si la communauté vient à se dissoudre avant que la vente en soit faite, cet époux en reprend la propriété exclusive. Il faut appliquer ce principe aux coupes de bois faites indûment sur les propres des conjoints.

Nous savons déjà que les époux peuvent se réserver la propriété de leurs meubles au moyen de la clause de réalisation. Mais sous le régime de la communauté légale, en l'absence de tout contrat, n'arrive-t-il pas également que les époux conservent ou acquièrent la propriété *in specie* de certains meubles ? On peut supposer d'abord que dans le cours du mariage une personne fasse à l'un des conjoints donation d'un meuble corporel, sous la condition expresse qu'il ne tombera pas en communauté. Si le meuble donné n'est point de la nature de ceux énumérés dans l'art. 587, la communauté en est simple usufruitière, et non quasi usufruitière. Par conséquent, si la femme est donataire, le mari ne peut disposer malgré elle de l'objet de la libéralité, puisque aucun texte ne lui confère plus de droits sur les propres de la femme que n'en aurait un usufruitier ordinaire.

Que si au contraire il s'agissait de deniers ou choses fongibles, ils entreraient en communauté, et l'époux donataire serait seulement créancier de leur valeur.

Je ferais encore échec au principe général de l'art. 1401, et j'exclurais de la communauté, les considérant comme propres parfaits, certains meubles que la décence ou l'affection font réputer purement personnels, tels que les portraits de famille qui n'ont d'ailleurs la plupart du temps de valeur que pour ceux auxquels ils appartiennent, les manuscrits intimes, non destinés à la publication, etc.

Il en est de même des linges et hardes à l'usage de la femme, que renonçante elle peut retirer (art. 1472). Cependant, d'après Pothier, on doit comprendre dans l'inventaire même les habits, linges et hardes à l'usage du survivant, sauf un habillement complet qu'on doit lui laisser, et qui, ne devant pas entrer en partage, ne doit pas être inventorié. Il est d'usage aujourd'hui d'étendre cette faveur dans l'intérêt de l'un ou l'autre des conjoints.

S'il s'agit de choses fongibles ou dont on ne puisse faire usage sans les consommer, alors le droit d'usufruit de la communauté devient un véritable droit de propriété, à charge de récompense. Mais quelle sera la récompense? Y a-t-il eu estimation au moment de la stipulation de la clause d'exclusion ou de réalisation, cette estimation équivaut à une sorte de vente; et la récompense en égale le montant. A défaut d'estimation, on ne peut appliquer l'art. 587 du Code civil; car les reprises de la femme s'exercent d'abord sur l'argent comptant de la communauté (art. 1471) et sont toujours, si elle le préfère, pécuniaires. Le mari ne saurait donc l'astreindre à percevoir en nature des objets de pareille qualité, quantité ou valeur à ceux exclus de la communauté. La reprise se calcule d'après la valeur des meubles au moment où ils sont tombés dans la communauté, car c'est de ce jour qu'ils sont à ses risques.

Il est encore d'autres meubles, ayant nature de fruits ou

de revenus, qui pourtant, par exception, ne tombent pas dans l'actif commun, ou du moins n'y entrent pas définitivement.

Aux termes de l'art. 1401, alinéa 2, la communauté se compose de tous les fruits et revenus, de quelque nature qu'ils soient, *échus ou perçus pendant* le mariage, etc. Est-ce à dire que le législateur n'a entendu soumettre à cette règle de dévolution des revenus à la communauté que les frutis échus ou perçus pendant le mariage, et que les fruits perçus avant la célébration restent en dehors de la masse commune? Non, mais ce n'est plus avec le caractère de fruits qu'ils y entrent, c'est comme biens meubles. On aperçoit facilement l'intérêt de la distinction. Les meubles énumérés dans l'alinéa 11 de l'art. 1401 n'étant dévolus à la communauté, et pendant sa durée seulement, que parce qu'ils sont de simples fruits ou revenus de biens propres aux époux et dont la communauté est seulement usufruitière, on s'explique aisément que la loi fasse exception pour les fruits perçus ou qu'on n'eût dû percevoir qu'après la dissolution du mariage, parce que les besoins du mariage n'existent plus.

D'autres meubles, produits également par les propres, sont néanmoins soustraits à la règle posée dans l'alinéa 2 de l'article 1401, quoique leur perception soit concomitante à la communauté; la raison en est que la production, l'extraction de ces meubles épuise peu à peu les biens dont ils proviennent.

D'ailleurs la rédaction de l'art. 1401 ne présente pas toute l'exactitude désirable. Il ne suffit pas en effet que des fruits ou des revenus aient été *perçus* pendant le mariage pour qu'ils appartiennent définitivement à la communauté; or c'est ce que semblerait indiquer la disjonction *ou* placée entre les deux mots *échus et perçus*. Encore faut-il que les fruits soient arrivés à maturité, ou que les revenus ne soient touchés qu'au fur et à mesure de leur échéance, c'est-à-dire pour un temps proportionnel à la durée du mariage. Pothier, il est vrai, ne prévoyait que le cas de fraude et décidait que la perception dolosive et anticipée ne devait point nuire aux héritiers du conjoint

sur les propres de qui elle a été faite. L'art. 1403 ne distingue point entre l'ignorance ou le dol. Au numéro 241 de son traité sur la communauté, Pothier se place dans l'hypothèse où le mari aurait enlevé leur valeur aux fruits des propres de la femme en les recueillant trop tôt. « Le mari dit-il, doit dédommager les héritiers de la femme de ce qu'ils souffrent de cette détérioration par son dol. » Assurément la fraude accompagne presque toujours une perception prématurée. Mais l'équité exigeait qu'il en fût ainsi alors même que le mari n'aurait à se reprocher que son ignorance; et la femme fût-elle consentante, le danger des donations indirectes et la défaveur dont le législateur les poursuit étaient des raisons suffisantes pour maintenir même dans ce cas la règle.

Le législateur a voulu en outre apporter à la disposition générale de l'art. 1401, al. 2, une autre restriction, formellement énoncée dans l'art. 1403, al. 3. Si les carrières ou les mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due. L'énonciation de cette règle n'était guère utile, car d'après l'art. 173 l'usufruitier n'a aucun droit aux produits des mines et carrières non encore ouvertes au commencement de l'usufruit. La raison qui a dicté ces deux articles, c'est que les produits des mines et des carrières présentent un caractère tout particulier, à deux titres : d'abord ils ne sont point périodiques, et ensuite ils épuisent petit à petit le fonds dont ils sont tirés. Aussi, dans l'ancien droit, hésitait-on à les reconnaître comme des fruits (Pothier, *loc. cit.*, 97). On ne les traitait ainsi que lorsque les mines ou les carrières semblaient inépuisables.

Après la confection du Code civil est intervenue la loi spéciale du 21 avril 1810 qui a donné naissance à bien des controverses.

D'après cette loi, la concession de la mine ou de la carrière peut être faite en faveur de tout autre que le propriétaire de la surface, le gouvernement se réservant le droit souverain d'appréciation. L'acte de concession, obtenu après l'accomplisse-

ment des formalités prescrites, purge en faveur du concessionnaire les droits du propriétaire du sol, et des hypothèques peuvent être assises sur la mine ou la carrière concédée. En un mot, la mine est spécialisée.

Deux hypothèses peuvent se présenter : ou la concession a été accordée au propriétaire de la surface, ou c'est un étranger qui l'a obtenue. Dans le premier cas, il est clair qu'on reste sous l'application pure et simple de l'art. 1403 ; car on ne trouve rien dans la loi de 1810 qui autorise à en décider autrement, que la mine soit considérée ou non comme une propriété immobilière distincte de la surface (Cour de Lyon, 7 déc. 1866, 5, 67, p. 6). Il faut donc toujours rechercher, dans l'espèce, si la mine a été ouverte avant ou depuis le mariage. Mais *quid* si la concession a été faite en faveur d'un tiers ? Dans ce cas le propriétaire a droit à une indemnité annuelle et proportionnelle, due par le concessionnaire et réglée par l'acte de concession. On peut se demander quelle est la nature, mobilière ou immobilière, du droit du propriétaire créancier de ces redevances annuelles, ce qu'il advient de ce droit selon que la concession est antérieure ou postérieure au mariage, et qui, de l'époux ou de la communauté, profite des annuités. C'est dans l'article 18 de cette loi de 1810 que nous croyons devoir chercher la réponse : La valeur des droits résultant de la concession faite à un étranger, demeure réunie en faveur du propriétaire de la surface à la valeur de cette surface, et est affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire. C'est donc attribuer au droit à la redevance un caractère immobilier, puisqu'on le considère comme l'accessoire d'un immeuble, accessoire susceptible lui-même d'hypothèque. La loi ne distingue point d'ailleurs entre le cas où l'hypothèque reposerait sur l'immeuble dès avant la concession et frapperait *ab initio* le droit à la redevance, et celui où elle serait constituée postérieurement à la concession. Si donc la propriété du tréfonds se trouve, par l'effet de la concession, donnée à un étranger, séparée de la surface et transportée sur

une autre tête, et que, même après cette sorte d'aliénation volontaire ou imposée, la redevance représentative de la valeur de la portion détachée de l'immeuble puisse être, accessoirement au moins, grevée d'hypothèques, il y a là en quelque sorte substitution d'un droit immobilier à un autre droit immobilier.

Suppose-t-on un mariage contracté par le propriétaire du sol avec adoption du régime de la communauté, la redevance subit le sort des immeubles. Si la concession a précédé le mariage, et que l'ouverture des travaux ait également eu lieu antérieurement à la célébration, le droit à la redevance reste indubitablement propre à l'époux. Il en est encore de même si, à supposer toujours la concession antérieure au mariage, l'exploitation de la mine ou de la carrière n'avait commencé qu'après. En effet, au jour même où l'acte de concession est intervenu, la propriété du tréfonds est convertie en un autre droit immobilier *sui generis*, propre à l'époux exproprié, puisque son acquisition a précédé l'établissement de la communauté, et indépendamment des revenus qu'il est appelé à produire plus tôt ou plus tard. Ce droit est conditionnel sans doute, puisqu'il est concomitant et proportionnel aux travaux effectués et aux produits obtenus. Mais il existait en principe avant le mariage, au profit de l'époux, dès l'époque où le concessionnaire pouvait ouvrir la mine; le jour donc où la condition se réalise, le droit s'ouvre rétroactivement.

La concession est-elle faite au cours de la communauté, le droit à la redevance reste également propre à l'époux : on se trouve en effet en présence d'une sorte d'échange forcé d'un immeuble propre contre un droit immobilier.

En somme, si je me suis bien pénétré de l'esprit de la loi de 1810, le droit est assimilable à une sorte de rente foncière, ayant conservé tout le caractère des rentes foncières dans l'ancien droit (Demolombe, t. IX, n° 436).

Les auteurs mêmes qui se refusent à accorder ce caractère à la redevance et qui ne voient en elle qu'un droit mobilier, sur

la valeur duquel ont été transportés les droits des créanciers hypothécaires, reconnaissent cependant que si la concession a eu lieu au cours du mariage en faveur d'un étranger, le droit à la redevance, toute mobilière qu'elle est, est le prix de l'aliénation d'un propre, c'est-à-dire du droit de tréfonds et que, par suite, elle reste propre.

Mais ils se séparent de nous quand la concession est faite antérieurement à la célébration et au profit d'un tiers. Le droit à la redevance ne constitue, suivant eux, qu'un *jus ad pecuniam*, qui tombe en communauté.

La mine est concédée à un étranger. Le propriétaire de l'immeuble, créancier de la redevance, détache ce droit de créance de la surface et en fait à un tiers le transport onéreux ou gratuit. La redevance ainsi détachée de la surface n'en est plus l'accessoire, elle n'est plus susceptible d'être hypothéquée et reprend sa nature mobilière (Besançon, 12 mars 1857).

Si donc l'aliénation a eu lieu avant le mariage, le prix tombe dans la communauté sans récompense, comme les autres meubles ; dans le cas contraire, l'époux en exerce la reprise à la dissolution de la communauté.

Revenons à l'hypothèse où la redevance reste attachée à la surface. Les annuités sont les produits de cette sorte de droit immobilier, et représentent la valeur des extractions annuelles de la mine ou de la carrière, déduction faite des frais d'extraction et des bénéfices légitimement dus à l'industrie et au travail du concessionnaire. Le droit incorporel, producteur de ces redevances, de ces sortes d'arrérages, reste, nous l'avons vu, propre à l'époux propriétaire de la surface, à quelque époque que se place la concession. Mais que faut-il dire des annuités ? Faut-il encore s'attacher à la date de l'ouverture de la mine pour déterminer si la communauté a droit ou non aux redevances ?

MM. Rodière et Pont, qui admettent avec nous que la rente est immobilière aux mains du propriétaire de la surface, décident que, pour fixer les droits de la communauté sur les redevances annuelles, on ne doit s'inquiéter que de la date du

commencement des travaux, sans se préoccuper de la date de la concession (n^{os} 492 et suiv., 428). Je disais plus haut que si la mine est concédée au propriétaire du sol, il ne me semblait pas qu'on pût considérer l'article 1403, al. 2, comme abrogé, et voici pourquoi : je veux bien admettre avec M. Colmet de Santerre que, depuis les innovations de la loi de 1810, la mine constitue une propriété immobilière distincte du sol, mais dans le cas seulement où cette fiction peut être utile, c'est-à-dire quand elle est convertie en un droit immobilier indépendant par suite de la concession à un tiers ; alors, en effet, l'acte de concession donne naissance à deux droits immobiliers nouveaux, également distincts de la propriété superficielle, d'abord le droit de propriété du tréfonds, qui réside sur la tête du concessionnaire, et ensuite le droit à la redevance, qui appartient au propriétaire du sol : cet acte de concession équivaut alors à une expropriation pour cause d'utilité publique. Mais je me refuse à voir dans la mine un immeuble distinct, quand la concession est faite en faveur du propriétaire du sol. Le dessus et le dessous du fonds restent réunis dans la même main, et la concession n'est plus qu'une formalité préliminaire à des innovations d'une nature particulière, et que le gouvernement tient à surveiller et à réglementer, formalité indispensable sans doute, mais qui ne modifie en rien le droit primitif du propriétaire et dont celui-ci est toujours libre de ne pas profiter. La disposition de l'article 1403 n'est donc, dans ce cas, ni expressément ni implicitement abrogée.

Mais j'irai plus loin, et ce que je dis des produits de la mine concédée au propriétaire, je le dirai également des annuités payées par le tiers concessionnaire au propriétaire de la surface. Il ne faut, dans ce cas encore, se préoccuper, pour la dévolution de ces annuités, que de l'ouverture de la mine, sans tenir compte de la date de la concession, car ces redevances annuelles représentent toujours le produit de la mine et doivent, par conséquent, en subir le sort. En vain M. Colmet de Santerre nous dit-il que : *la distinction fondée sur le*

commencement de l'exploitation n'est plus possible depuis que la mine existe comme immeuble distinct en vertu de la concession, et que : l'usufruitier n'a pas alors l'usufruit d'une terre destinée à donner du blé ou du foin, mais l'usufruit d'une chose exploitée ou non qui a pour unique destination de produire des extractions minérales (Colm. de S., *op. cit.*, n° 29 bis, III). En vain soutient-on, ce que j'accorde d'ailleurs que la propriété de la mine concédée à un étranger a été transportée sur la tête de cet étranger, du jour même où l'acte de concession est intervenu ; que c'est donc à la date de cet acte qu'il faut se reporter pour déterminer les droits des époux ou de la communauté. Je répondrai que ni le texte ni l'esprit de la nouvelle loi de 1810 n'autorisent à voir, dans l'exigence d'un acte préalable de concession, le principe d'aussi graves modifications aux dispositions du Code civil. Il me semble, au contraire, qu'étant donné le silence de la loi sur ce point, les raisons sont toujours les mêmes de s'en tenir absolument aux règles de l'article 1403 sur l'attribution des produits des mines et des carrières. Qu'on n'oublie point, en effet, que le droit aux redevances, accordé comme indemnité au propriétaire du sol, suit le sort de la mine, dont il est la représentation et avec l'épuisement de laquelle il doit s'éteindre. Ce jour-là, il ne restera plus à ce propriétaire que son immeuble épuisé, déprécié, vide de toutes les richesses minérales qu'il renfermait, tout aussi bien que s'il avait exploité lui-même la mine. La communauté, au contraire, à qui ont été versées les annuités, s'enrichirait au détriment de l'époux et contre son intention, si elle ne lui devait point compte de cet accroissement temporaire de jouissance, surtout quand il n'était pas encore certain, au moment du mariage, que la mine ou la carrière fût ouverte. L'équité commande donc de maintenir et non de restreindre la disposition favorable de l'article 1403.

Quant à l'étranger concessionnaire de la mine, il peut être marié lui-même. La mine constitue aussi à son égard un immeuble qui a pour objet le tréfonds. Pour déterminer le droit du con-

cessionnaire ou de la communauté sur la mine, on doit toujours se reporter à l'époque de la concession; car rien n'autorise à lui appliquer l'article 1403, et les raisons qui militent en faveur du propriétaire de la surface lui sont étrangères. La concession a-t elle lieu avant le mariage, la mine a le caractère de propre; pendant le mariage, elle est acquêt. Dans les deux cas, les produits tombent en communauté, comme fruits de propres ou d'acquêts.

Il est encore une autre source d'acquisition qu'on pourrait appeler les dons de la fortune, comme la découverte d'un trésor, les gains réalisés dans les loteries, les bénéfices résultant du jeu ou du pari.

Le trésor, par exemple, peut avoir été trouvé par l'époux sur un fonds appartenant soit à un tiers, soit à l'un des conjoints, soit à la communauté. Est-ce sur la propriété d'un tiers, le conjoint inventeur a droit à la moitié *jure inventionis*; la part qui lui est attribuée est de nature mobilière, et la communauté en profite seule, comme de tout autre bien acquêt. Il en est de même des gains de loterie, de jeu et de pari.

Le trésor est-il trouvé par un tiers sur un immeuble commun, la moitié en revient à la communauté comme propriétaire, *jure soli*.

Que si enfin la découverte a été faite sur le propre d'un des conjoints, soit par ce dernier, soit par un tiers, il y a divergence d'opinions.

Pothier, dont l'opinion est professée par Demante (Thémisis, t. VIII, p. 181); Zachariæ (t. III, p. 418, note 9); Aubry et Rau (t. [IV, p. 246, n° 25); Pothier, dis-je, s'exprime en ce sens; *Traité de la communauté*, n° 98 : « Quoique ce trésor soit un mobilier, le tiers qui en appartient au conjoint, en sa qualité de propriétaire de cet héritage, ne doit pas entrer dans la communauté parce que c'est quelque chose qui lui est provenu de son héritage propre, sans en être un fruit. A l'égard du tiers qui appartiendrait à l'un des conjoints dans le trésor, en sa qualité de seigneur haut justicier, comme ayant été trouvé

dans le territoire de sa justice, ce tiers appartient à la communauté comme fruit de son droit de justice. Il n'est pas douteux que le tiers qui appartient *jure inventionis* au conjoint qui l'a trouvé durant la communauté, appartient à la communauté de même que toutes choses que chacun des conjoints acquiert. »

Ainsi, dans ce système, en tenant compte bien entendu des modifications apportées par le Code civil à la décomposition du trésor, qui n'est plus divisé qu'en deux parties, dont l'une attribuée à l'inventeur et l'autre au propriétaire du sol, une moitié entrerait dans le fonds commun, par droit d'acquisition, l'autre en serait exclue, par droit d'accession (Duranton). Mais qui ne voit que le trésor n'est point composé de deux parties distinctes, l'une mobilière, l'autre immobilière, même par accession ou destination, et que toute distinction de cette nature est arbitraire? Peut-on maintenant assimiler le trésor aux produits d'une carrière ouverte pendant le mariage, et dire que, sa séparation du sol diminuant sensiblement la valeur de la propriété, on doit lui appliquer par analogie la disposition de l'article 1403? Non, car il n'est pas exact que le trésor fasse partie intégrante de l'immeuble. Cependant, certains auteurs vont encore plus loin que Pothier, et prétendent que c'est pour le tout que le trésor doit être exclu de la communauté quand il a été trouvé par l'un des conjoints sur son immeuble propre; car, disent-ils, l'article 716 attribue la propriété du trésor à celui qui le trouve dans son propre fonds (Toullier, t. XII, n° 729 et s.). Ce système pêche en ce point que l'article 716 n'a pour objet que de déterminer les parts respectives du propriétaire et de l'inventeur dans le bénéfice du trésor. Mais il ne résout point la question en ce qui concerne les rapports de ces derniers avec d'autres intéressés.

Une autre doctrine s'est formée qui, au contraire, attribue à la communauté la part qui revient au conjoint *jure soli*. Écoutons Lebrun : « On demande si, quand on trouve un trésor dans le fonds dotal, ce trésor entre en communauté.

J'estime que le mari jouit de la part du trésor qui est dû à sa femme selon notre droit, non pas comme usufruitier, car un trésor n'est pas un fruit, ni civil, ni naturel, ni industriel, mais comme maître de la communauté dans laquelle cette part de la femme doit entrer comme tout autre meuble. Régulièrement, la propriété de cette part qui reste à la femme comme propriétaire du fonds doit aussi entrer en la communauté, à la différence de l'usage du droit écrit, où les meubles de succession ou de donation restent à la femme et lui sont rendus avec la dot, sauf l'usufruit du mari » (*Tr. de la comm.*, liv. I, ch. v). C'est le système auquel je me rallierai avec MM. Rod. et Pont, Troplong, Demolombe. En effet, s'il était vrai que, par application du principe que la propriété de la surface du sol entraîne la propriété du dessous, le trésor devait être réellement considéré comme faisant partie intégrante du fonds, il serait inique, au cas où la mise à découvert est le fait d'un tiers, de dépouiller de la moitié le véritable propriétaire. Il serait juste, au contraire, d'éviter cette expropriation partielle que ne commande aucunement l'intérêt public, et de laisser la totalité du trésor au propriétaire du sol, en l'obligeant seulement à indemniser pécuniairement l'inventeur. Mais le trésor n'est pas une portion immobilière de l'immeuble, pas plus qu'il n'en est un fruit. C'est simplement une chose mobilière oubliée, perdue, dont le véritable maître est inconnu, et dont la découverte n'est due qu'à un accident. Le propriétaire et l'inventeur partagent; le propriétaire, parce qu'en fait on lui enlève l'espérance d'un gain qu'il eût peut-être réalisé plus tard, étant le plus à même de trouver ce qui est caché dans son propre terrain; l'inventeur, pour le récompenser de sa découverte.

Le trésor est donc chose mobilière, et c'est en cette qualité que la partie ou la totalité qui revient à l'époux propriétaire ou inventeur, ou à tous les deux à la fois, tombe dans l'actif de la communauté.

SECTION III. — PAYEMENT PAR LES ÉPOUX DES DETTES DE LA COMMUNAUTÉ.

Nous arrivons maintenant à l'étude de la seconde catégorie des faits qui donnent lieu à récompense, c'est-à-dire au paiement par les époux des dettes communes en l'acquit de la communauté. Cette partie comporte peu de détails, et nous passerons rapidement en revue les hypothèses qui se présentent le plus fréquemment.

Les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration du mariage tombent définitivement à la charge de la communauté, sauf celles relatives aux immeubles propres (art. 1409 du C. civ.). Cette disposition n'a d'autre but ni d'autre effet que de régler la composition des trois patrimoines, et leur contribution aux dettes. Mais vis-à-vis des tiers, rien n'est changé aux principes généraux qui déterminent les droits et les obligations des créanciers et des débiteurs. A moins de novation, l'époux débiteur primitif reste tenu personnellement au paiement de la dette. La femme est-elle originairement débitrice, le créancier peut s'adresser à son choix à celle-ci, à la communauté ou au mari, tenu même sur ses biens personnels. Mais le conjoint qui, volontairement ou forcément, acquitte les dettes communes, paye pour autrui ; il doit donc être indemnisé.

Au cours du mariage, des successions peuvent échoir aux époux. L'émolument leur reste propre ou accroît l'actif de la communauté, selon que l'hérédité est mobilière ou immobilière. Les dettes, de quelque nature qu'elles soient, mobilières ou immobilières, vont où va l'actif. Si la succession est mixte, une division proportionnelle s'opère dans les dettes.

Si la succession est purement mobilière, disons-nous, les dettes sont pour le tout à la charge de la communauté, à une condition toutefois, c'est que, si l'héritier est la femme, elle ait accepté avec l'autorisation de son mari. Autrement, diverses hypothèses sont à envisager.

D'abord la femme, en présence du refus de son mari, accepte avec l'autorisation de la justice, mais il est fait inventaire des meubles. La femme ne peut être poursuivie personnellement que sur la nue propriété de ses propres, car son acceptation judiciaire ne doit pas nuire au mari. Mais elle aura, si elle est poursuivie sur ses propres, recours contre la communauté jusqu'à concurrence de la valeur du mobilier inventorié.

A défaut d'inventaire, la communauté sera tenue pour le tout des sommes déboursées par la femme, car le mari est en faute d'avoir négligé cette précaution. La femme n'en reste pas moins obligée elle-même, mais la communauté lui doit récompense de tout ce qu'elle a payé.

Les successions mixtes n'offrent en elles-mêmes rien de particulier; sauf que la communauté est obligée pour le tout au paiement des dettes, et qu'elle a le droit de réclamer à l'époux héritier le rapport de la portion correspondante à l'actif immobilier; en exceptant encore le cas où la femme accepte sans le concours du mari.

Comment les époux prouveront-ils la consistance du mobilier, et l'extinction de dettes héréditaires, pour établir la part contributoire de la communauté dans le passif et le montant de leurs reprises? Nous reviendrons plus loin sur cette question à l'occasion de la preuve des récompenses.

Le conjoint héritier peut avoir contre la succession une créance immobilière, qui, à la différence de ce qui se produit pour les dettes antérieures au mariage, grève pour le tout la communauté, quand l'hérédité ne comprend que du mobilier, et pour partie, quand la succession est mixte. La confusion s'est opérée lors de la réunion chez l'héritier des deux qualités de créancier et de débiteur. Le conjoint héritier peut-il réclamer le paiement de sa créance, totalement ou partiellement, selon la distinction faite, à la communauté subrogée à ses droits dans la succession. Il me semble que oui, car la confusion ne s'est pas opérée irrévocablement, et l'on peut considérer la communauté comme cessionnaire des droits du conjoint : il y a donc

lieu d'appliquer l'article 1698 du Code civil : « l'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession et lui faire raison de ce dont il était créancier s'il n'y a stipulation contraire. » La communauté, disent MM. Rod. et Pont, est considérée comme cessionnaire des droits successifs de l'époux héritier, et à ce titre elle est tenue, par l'application de la loi 2, § 18, *De herede vend.*, de faire raison au cédant de ce qui était dû à ce dernier par le défunt. D'après cela, la communauté, recevant tout l'actif de la succession lorsque cette succession est purement mobilière, doit tenir compte à l'époux héritier comme à son cédant de tout ce qu'il a payé des dettes de la succession, non seulement par des paiements réels, mais par la confusion qui s'est faite des dettes de la succession qui étaient dues à l'héritier, laquelle confusion est une espèce de paiement (Voir Pothier, *comm.* 262).

Enfin pendant le cours de la communauté les époux se sont obligés ou ont emprunté dans l'intérêt de la communauté. C'est surtout contre ces engagements, ces emprunts souvent inconsidérés, qu'il faut protéger la femme qui consentira plutôt à prêter sa signature qu'à aliéner directement ses biens propres.

Les époux qui rapportent la preuve qu'ils ont contracté dans l'intérêt commun deviennent donc créanciers de la communauté.

Si la communauté doit rendre aux époux tout ce qu'elle leur a pris, elle ne doit cependant leur rendre strictement que ce qui est entré dans sa caisse, ou dont elle a profité. Cependant si c'est la femme qui exerce ses réclamations, le mari, en sa qualité d'administrateur, ne saurait se faire contre elle une arme de son dol ou de sa négligence. La communauté et le mari sont donc garantis envers elle des créances ou des valeurs récompensables qui n'ont point été retirées, et dont il n'est plus possible d'opérer le remboursement.

CHAPITRE II

DU MONTANT DES RÉCOMPENSES DUES AUX ÉPOUX PAR LA COMMUNAUTÉ

Si la communauté a réellement encaissé les espèces ou tiré un avantage direct ou indirect des contrats passés et des obligations contractées par les époux, le calcul de la récompense se fait de la manière et avec les distinctions suivantes :

Est-ce un propre qui a été aliéné, le montant de la récompense est du prix réel et non du prix déclaré au contrat. La récompense, dit l'article 1436, n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné. Bien qu'il ne soit guère possible de se méprendre sur la signification de cet article, cependant on l'a quelquefois mal comprise (Cour de Lyon, 11 février 1842; Cass. 14 février 1843; Dalloz, 43, 1, 137). On a prétendu que la récompense était du montant du prix déclaré, et non du prix réel. Mais cette opinion, qui ne se soutient par aucun texte, est peu équitable. En effet un examen un peu plus sérieux de l'article 1436 eût fait éviter cette erreur. Quand la loi comporte que la récompense ne doit avoir lieu que sur le pied de la vente, elle n'entend point parler d'une vente fictive, d'un simulacre de vente. Le nom de vente n'appartient qu'au contrat dans lequel les parties sont d'accord sur la chose et le prix, sur la chose que l'acquéreur entend recevoir, et le prix qu'il entend payer. Les réticences contenues dans l'acte probatoire, et qui tendent le plus souvent à tromper le fisc, sont absolument étrangères à la convention elle-même. La loi ne reconnaît aucunement cette fraude, qu'elle réprime au contraire. Le prix de la vente, c'est donc le véritable prix.

Adopter cette base de calcul, ce serait rendre vaines toutes les précautions prises par la loi pour prévenir le dol du mari. Il suffirait d'un acquéreur complaisant qui consentit à laisser porter au contrat un prix inférieur au prix réel, pour permettre

au mari de dépouiller la femme en dégageant la communauté de la dette d'indemnité dont elle est tenue. En admettant que la femme fût consentante, l'article 1099 serait trop aisément tourné, et les donations indirectes et irrévocables trop faciles.

Ce que la loi ne veut pas, quand elle dit que la récompense se fait sur le pied de la vente, c'est que les époux viennent prétendre que le prix réellement stipulé est supérieur ou inférieur à la valeur réelle du propre vendu ; et cela pour couper court à des contestations ruineuses qui ne manqueraient pas de se produire à la dissolution de la communauté. Les époux étaient libres de refuser leur consentement. D'ailleurs, en admettant que la valeur réelle n'eût pas été atteinte, qui sait si, au moment où l'aliénation avait lieu, le conjoint vendeur n'obéissait pas à un pressant besoin d'argent ?

La récompense n'est pas seulement du prix principal de la vente. En effet la conclusion définitive du contrat est souvent précédée ou accompagnée de la part de l'acquéreur de la remise de certaines gratifications soit au vendeur soit à certaines personnes qu'il désigne. Ces gratifications, qui portent communément le nom d'arrhes, pots-de-vin, sont néanmoins représentatives d'une portion de l'immeuble, et par conséquent restituables à l'époux aliénateur. Certaines prestations ou certaines charges en nature peuvent également être stipulées avec le prix. Si les prestations consistent en choses fongibles, l'indemnité est de leur valeur estimative au jour de leur réception par la communauté. Les charges appréciables en argent donnent droit à indemnité jusqu'à concurrence du bénéfice retiré par la communauté. Empruntons une espèce à Pothier : un conjoint aliène un immeuble propre, mais dans l'acte de vente il réserve une servitude au profit d'un immeuble limitrophe, qui est conquis ; la communauté doit une indemnité.

Où nous croyons devoir nous séparer de Pothier, c'est lorsqu'il prétend (*comm.* n° 500) que si le prix n'a été stipulé payable qu'après plusieurs années, *sans intérêt*, tandis que la tradition de l'immeuble était immédiate, la communauté se

trouvant dès lors privée sans compensation du revenu de l'immeuble, il y a lieu à déduire du prix total une somme représentative des années de jouissance dont la communauté a été privée. Si, au contraire, continue-t-il, la jouissance d'un propre, vendu pour une somme payable comptant, est réservée à la communauté pendant un certain nombre d'années, l'époux aurait droit à la reprise de ce dont la réserve de jouissance a diminué la valeur de l'immeuble. Ces solutions, toutes spéciales qu'elles soient, reposent cependant sur un principe faux. Il faudrait admettre, ce que nous avons déjà combattu, que les époux sont envers la communauté garants de la jouissance de leurs biens, et que celle-ci, par contre n'a droit qu'à cette jouissance, telle qu'elle se comportait au jour du mariage.

S'il s'agit de meubles fongibles propres dont la communauté n'acquiert la propriété qu'à la charge de restituer des choses semblables ou leur valeur, le calcul se fait d'après la valeur au moment de la réception (art. 1436).

Le payement par un conjoint de dettes communes donne droit à la reprise de tout ce qui a été déboursé dans l'intérêt de la communauté.

Les récompenses ne s'exercent qu'à la dissolution de la communauté, nous verrons tout à l'heure à quelle condition. Ce n'est aussi qu'à dater de ce jour que courent les intérêts des reprises; car, pendant le mariage, les meubles tombent en communauté. La communauté donnerait donc d'une main pour reprendre de l'autre.

DES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE DES RÉCOMPENSES

DUES AUX ÉPOUX PAR LA COMMUNAUTÉ

Tant que dure la communauté, les biens propres et communs restent confondus sous l'administration du mari, et l'exercice des récompenses n'offrirait aucun avantage; car

les derniers retirés de la communauté y rentreraient immédiatement comme meubles. A la dissolution, au contraire, il se produit un nouvel état de choses. L'association cessant dans l'avenir, les conjoints ou leurs héritiers procèdent à la liquidation comme des associés ordinaires; il est donc nécessaire de remonter dans le passé pour déterminer leurs droits respectifs. La communion des intérêts disparaît pour faire place à la lutte d'intérêts opposés; et la liquidation donne lieu à une série d'opérations aussi difficiles que délicates entre des personnes étrangères et souvent hostiles.

La première chose qui s'impose, c'est de reconstituer l'actif de la communauté, nous verrons comment plus tard. Une fois la masse faite, et avant de procéder au partage, ce qui est étranger à notre sujet, les époux retirent d'abord leurs biens propres qui se retrouvent encore en nature. Ensuite, s'ils sont créanciers de la communauté pour les causes énumérées ci-dessus, ils font valoir leurs droits et exercent leurs reprises. Mais la présomption légale étant que tous les biens sont communs, c'est aux époux demandeurs qu'il incombe de fournir la preuve de leurs titres de propriété ou de créance.

La femme, restée étrangère à l'administration de ses propres et à la gestion des affaires communes jouit de certains avantages dans le prélèvement de ses reprises; elle a par exemple le privilège de priorité. En outre et pour le même motif la doctrine fait fléchir en faveur de la femme les règles assez rigoureuses qui régissent la preuve, et laisse le mari sous l'empire du droit commun.

Prenons un exemple et supposons qu'un propre a été vendu et qu'à la dissolution de la communauté le prix en est réclamé par l'époux aliénateur. Il doit rapporter la preuve de son droit à la récompense. Comme la vente, jusqu'à son entière exécution, se décompose nécessairement en plusieurs opérations, et que la communauté ne devient débitrice qu'à la condition d'avoir encaissé le prix, plusieurs faits sont à établir par le conjoint qui invoque son droit à une indemnité. Le

premier fait à prouver, c'est le fait originaire, le contrat de vente. Aussi bien pour le mari que pour la femme la preuve s'administre par les moyens ordinaires.

Un second point à établir, c'est que le prix a été réellement payé; et un troisième point, que nous ne séparerons pas du second, c'est qu'il a été versé dans la communauté.

Mais une fois faite la preuve que le prix a été payé et versé dans la communauté, peu importe qu'il y soit resté ou qu'il en soit sorti immédiatement, et pour quelque cause que ce soit. Le droit à la reprise existe alors même que la communauté n'en aurait tiré aucun profit; par exemple, quand, s'agissant d'un immeuble propre au mari, celui-ci l'a employé à un don manuel en faveur d'un tiers par l'application de l'art. 1422 (Rod. et Pont, 937, Troplong, 1093. Angers, 7 mars 1845, 5, 46, 11, 79). Ces auteurs cependant exceptent le cas où le mari aurait agi comme propriétaire du prix, et dans le dessein de faire personnellement une libéralité; alors il n'y aurait pas lieu à récompense.

Voici donc le problème tel qu'il a été posé, et diversement résolu par la jurisprudence et la doctrine. L'époux demandeur doit-il prouver que le prix de son propre a été réellement versé dans la communauté? Le fait du payement est-il une preuve suffisante? Le payement lui-même doit-il être établi d'une façon absolue, ou au contraire certaines inductions, certaines circonstances de fait ne sont-elles pas suffisantes? Enfin la femme doit-elle être traitée plus favorablement que le mari?

Deux arrêts de la cour suprême ont répondu, en ce qui concerne le mari, dans un sens opposé en apparence, mais en réalité identique, et voici dans quelles circonstances.

Le premier arrêt est du 13 août 1832. Le sieur L. marié sous le régime de la communauté avec la dame M. prétendait, après le décès de celle-ci, avoir droit à prendre sur l'actif de la communauté une somme de 6000 francs en remplacement de ses propres biens qu'il avait aliénés, et dont le prix, à l'entendre, avait été versé dans la communauté.

Le 9 août 1829, intervint un jugement du tribunal de la Châtre, rejetant la demande de L. « Considérant que s'il est établi que le domaine ait été vendu, il n'est pas démontré que le prix provenant de cette vente ait été versé dans la communauté; que c'est au sieur L. qui réclame cette somme contre la communauté, qui, suivant lui, en aurait bénéficié, à faire la preuve et que tant que sa preuve ne sera pas faite elle doit être repoussée; considérant au contraire qu'il s'élève de fortes présomptions pour établir que cette somme n'a pas été payée pendant la communauté, etc., etc. »

Sur l'appel, et dans son arrêt du 27 avril 1829, la cour de Bourges infirma le jugement de première instance.

« Considérant que c'est vainement que l'intimé allègue plusieurs faits comme faisant présumer que le prix n'a pas été payé aux échéances stipulées; qu'il faudrait de sa part la preuve complète de l'inexécution du contrat, ce qui n'existe pas dans ce moment; qu'ainsi L. doit être admis à prélever sur la communauté la valeur de sa part dans le bien sauf à l'intimé à prouver, de telle manière qu'il croira, que le prix, ou portion du prix, n'a pas été versé dans la caisse commune.... »

La Cour de cassation auquel l'arrêt fut déféré le cassa pour les motifs qui suivent : « Attendu que d'après l'article 1515 du Code civil c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation à la prouver : que d'après l'art. 1433 il n'y a lieu au prélèvement sur la communauté du prix d'un immeuble, qu'autant que ce prix a été versé dans la communauté; que ce versement a été dénié par la dame L., (héritière de la dame L.); que dès lors la preuve du versement était à la charge du sieur L., qui s'en prévalait pour exercer le prélèvement; que c'est en effet au demandeur à prouver sa demande, et qu'à défaut de preuve elle doit être rejetée, etc., etc. »

La jurisprudence qui se dégage des phases de ce procès semble se résumer ainsi : le mari qui réclame le prix d'un propre aliéné doit prouver le paiement de ce prix. Cette preuve fait présumer le versement du prix dans la communauté. En

est-il différemment de la femme? L'arrêt est muet sur ce point. Comment doit se faire la preuve de cette réception des deniers? Même incertitude.

Une autre arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1872 (Dalloz 1873, 1, 28) semble au premier abord ériger en principe la présomption de paiement du prix :

Les époux L. s'étaient mariés sous le régime de la communauté en 1865. Le sieur L. vendit pendant le mariage et par acte notarié une maison qui lui appartenait en propre. Le vendeur avait reçu le prix, aux termes de l'acte, à la vue du notaire instrumentaire. Le 29 avril 1869, les héritiers L. formèrent contre la veuve L. une demande en reprise de la somme de 12 000 francs, prix de l'immeuble aliéné. La sentence des juges de Mortain qui rejetaient la demande fut réformée par la Cour de Caen, le 1^{er} avril 1871. La Cour considérait qu'il résultait d'un acte authentique du 28 octobre 1865 que le mari avait vendu une maison moyennant 12 000 francs, payés comptants à la vue du notaire rédacteur de l'acte et des témoins; que ledit acte constatait que la dame L. y assistait; *que depuis lors L. n'avait fait aucune acquisition d'immeuble; qu'à la vérité il en avait acquis du sieur Dalin, le 12 décembre 1865, mais que le contrat contenait quittance du prix; que dès lors ce serait à la veuve L. à prouver que malgré cette exonération une partie de ce prix aurait été acquitté pendant le mariage, d'où il suit que la demande en reprise est bien fondée.... »*

La veuve L. se pourvut devant la Cour de cassation. Son pourvoi fondé sur la violation des articles 1315 et 1433 fut rejeté. L'arrêt de la Cour suprême était ainsi motivé : « Attendu que l'acte énonce que le prix de l'immeuble a été payé comptant à la vue du notaire rédacteur; que cette somme, reçue par le mari et dont il n'apparaît pas qu'il ait été fait une autre emploi, a donc été versée dans la communauté, et que dès lors les héritiers du mari ont, en vertu de l'article 1433, droit au prélèvement de cette somme sur la communauté, rejette. »

Quoique cet arrêt semble établir une sorte de présomption

de paiement et de versement dans la communauté, la Cour de cassation ne s'est cependant déjugée qu'en apparence. L'espèce dans laquelle elle avait à prononcer n'était point exactement la même que celle que nous étudions tout à l'heure, ce qui explique cette contradiction qui n'existe que dans les détails.

Tout à l'heure le point sur lequel portait le débat, c'était de savoir si oui ou non le prix avait été payé. La Cour de cassation répondait que le demandeur en devait rapporter la preuve, et rejetait la présomption de paiement admise par la Cour d'appel, comme illégale. Ici, au contraire, la preuve du paiement est faite; l'acte authentique constate ce paiement. Et la Cour de cassation, comme elle le faisait pressentir dans son arrêt de 1832, décide que le paiement du prix entre les mains du mari fait présumer qu'il a été versé dans la communauté, jusqu'à preuve contraire : « Attendu qu'une somme *reçue par le mari*, et dont il n'apparaît pas qu'il ait été fait un autre emploi, a donc été versée dans la communauté. »

L'idée commune qui se dégage de ces deux arrêts, c'est que le mari, qui poursuit la récompense du prix de son propre, doit faire la preuve du paiement de ce prix. S'ensuit-il qu'il lui faille absolument prouver par titre, et que la preuve par témoins ne lui soit permise que dans les conditions déterminées par l'article 1543? Il serait la plupart du temps dans l'impossibilité d'apporter cette preuve écrite, car le seul titre qui constate le paiement, la quittance, se trouve, s'il est sous seing privé, entre les mains de l'acquéreur dont il indique la libération.

Mais nous ne trouvons dans les deux arrêts suscités aucun élément de décision. La jurisprudence est également muette en ce qui concerne la femme, et ce n'est que de la généralité avec laquelle elle semble envisager la question qu'il est permis de conclure qu'elle ne consacre aucune différence entre la femme et le mari.

Il n'en est pas de même de la doctrine, qui cherche à créer une distinction. Le mari administre sans contrôle les biens per-

sonnels de sa femme, touche ses capitaux, en fait l'emploi qui lui convient. Mais ces droits ont pour corrélatifs des devoirs. S'il est appréciateur souverain de l'emploi des capitaux, il est aussi administrateur responsable et comptable. Ses fautes et ses négligences dans la perception des capitaux sont affaire à lui, et non à sa femme. A l'égard de cette dernière il est présumé avoir fait rentrer les valeurs et les créances propres dès qu'elles sont exigibles.

Si donc la femme vient réclamer le prix d'un de ses propres qui a été vendu, il n'appartient pas au mari ou à ses héritiers de venir exiger d'elle la preuve que le prix a été payé et versé dans la communauté, si le paiement était exigible pendant le cours du mariage. Il suffit que le mari, par la force de sa qualité même, ait été tenu d'exiger le remboursement des créances à terme échu pour qu'il soit censé l'avoir fait; à moins, dit M. Troplong (*Contrat de mar.* 2, 1096), qu'il ne résulte des circonstances, soit que le prix était payable à des créanciers indiqués, soit qu'il est encore dû par l'acheteur.

Ainsi point n'est besoin pour la femme de prouver le paiement du prix entre les mains du mari et son versement dans la communauté. Elle jouit, à la différence de celui-ci, du bénéfice d'une sorte de présomption légale, fondée sur la situation inférieure qui lui est créée dans le mariage.

A défaut de texte, cette interprétation de l'esprit de la loi nous semble logique et équitable, car elle tient un large compte de l'inégalité de condition des époux sous le régime de la communauté.

Mais en y regardant de plus près, il est facile de voir que la différence établie entre les époux est plutôt spécieuse que réelle, et que la preuve imposée au mari n'est point aussi rigoureuse qu'on le croirait volontiers. En effet, on ne peut exiger de lui qu'il rapporte le titre constatant le droit qu'il invoque. Ce titre émané de sa main, et qui doit servir à constater la libération de l'acquéreur, se trouve le plus souvent en la possession de ce dernier. Il lui est donc permis de s'emparer

de l'article 1548, aux termes duquel le créancier peut recourir à toute sorte de preuve, preuve par témoins ou présomptions de l'homme, toutes les fois qu'il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, ou encore, dans l'espèce, de l'extinction de cette obligation.

Il est d'autres propres imparfaits que le prix des immeubles qui tombent en communauté à charge récompense. Je rappellerai pour mémoire les produits des propres qui n'ont point le caractère de fruits, et les libéralités mobilières avec clause d'exclusion.

S'agit-il de produits conservant le caractère de propres, le mari établit son droit par la production de registres régulièrement tenus, relatant les diverses opérations de son industrie, ou de tous autres titres propres à établir sa créance. On ne saurait exiger que les pièces produites fussent rédigées dans la forme authentique, à cause des frais considérables occasionnés par la multiplicité d'actes de cette nature. Si la femme, créancière, prétend que les comptes qui lui sont fournis sont irréguliers, que les produits extraits de ses propres avaient une valeur plus considérable que celle qui leur est attribuée, elle peut faire la preuve par toute espèce de moyens.

La preuve du droit à la reprise des libéralités donne également lieu à des distinctions. Prenons d'abord les libéralités à titre particulier. Sont-elles faites avant le mariage, l'acte de donation ou le testament doivent être rapportés par la femme comme par le mari, mais ils suffisent. Ce sont là des actes en bonne forme, dans le sens de l'art. 1499. Ces actes n'existent-ils plus ou sont-ils insuffisants pour établir le *quantum* des reprises, sont-ils d'une date trop reculée pour rendre probable l'existence des objets ou des valeurs données lors du mariage, les époux seront prudents de faire dresser un inventaire.

Supposons maintenant la libéralité à titre particulier faite depuis le mariage. La représentation par le mari donataire de l'acte instrumentaire ou du testament suffit pour établir d'abord

le fait même de l'enrichissement, et ensuite le montant de la récompense : le fait de l'enrichissement de la communauté, car le mari ne pouvant représenter une quittance qui n'est pas entre ses mains, le titre est donc la seule preuve qu'il lui soit possible d'invoquer ; le montant de la récompense, car l'état estimatif annexé nécessairement à la donation ou la description de l'objet et l'énumération des valeurs que doit forcément contenir le testament pour rendre l'exécution de la libéralité possible sont des preuves également suffisantes. Le mari représente la communauté dans laquelle les deniers ou les choses fongibles viennent se confondre : il est en même temps créancier et représentant de son débiteur. Il ne peut donc s'accuser à lui-même réception de ses deniers. Il en doit être de même pour la femme, si la donation est devenue exigible pendant le mariage, à moins que le mari n'établisse que, malgré ses diligences, il n'a pu obtenir l'exécution de la libéralité.

Au cas où la donation est à titre universel, la solution sera la même, si l'on admet, avec Marcadé, que l'état estimatif est exigé pour toute donation, même universelle, car alors la consistance du mobilier sujet à reprise est connue.

Si au contraire on dispense avec Duranton la libéralité universelle de l'état estimatif, la représentation de l'acte ne sert plus qu'à prouver le seul fait de l'enrichissement, et est dès lors insuffisante. Il faut alors se reporter par analogie aux dispositions du Code civil qui déterminent les moyens auxquels doivent recourir les époux pour établir la consistance de leur mobilier propre ou réservé tel dans la communauté conventionnelle. Car tous ces prélèvements qui se poursuivent en même temps et de la même manière ont pour cause des créances mobilières exercées par les mêmes créanciers, les époux, contre le même débiteur, la communauté.

Ici encore nous retrouvons la même différence, fondée sur les mêmes motifs, entre le mari et la femme. « La loi fournit elle-même ici la solution qui s'induirait d'ailleurs de la position respective des époux durant le mariage » (Rodière et Pont, 1267).

Déjà l'article 1414 avait posé le même principe, à propos de la contribution aux dettes d'une communauté partie mobilière et partie immobilière. Pour fixer la portion contributoire de la communauté et de l'époux héritier, le mari doit faire procéder à un inventaire, soit de son chef si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue (1414). Sinon, et à défaut d'inventaire, et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent lors de la dissolution de la communauté poursuivre les récompenses de droit et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve (1415). L'article 1504 est conçu dans le même sens, et vient modifier, dans l'intérêt de la femme, la règle trop générale contenue dans l'article 1499 qui exigeait, sans distinction entre les époux, la rédaction d'un inventaire du mobilier échu aux époux.

Aux termes de l'article 1504, à défaut d'inventaire du mobilier échu au mari, ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise.

Ainsi le mari, s'il est prudent, doit avoir la précaution de faire dresser un inventaire du mobilier compris dans la donation ou le legs qui lui sont faits personnellement. Cependant faute de l'avoir fait, il ne serait pas désarmé, et il lui resterait encore d'autres moyens indiqués également dans les articles sus-cités, la production d'un état en bonne forme ou d'un titre propre à justifier de la consistance et de la valeur de la libéralité. Si nous supposons un legs à titre universel, un acte de partage fait avec des cohéritiers ou des colégataires serait un titre suffisamment probant.

Le défaut d'inventaire porte-t-il au contraire sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire

preuve soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée de la valeur de ce mobilier. Nous avons expliqué plus haut pour quelle raison cette différence.

En observant la marche que nous avons suivie, au début de cette étude, dans l'énumération des diverses créances des époux contre la communauté, nous arrivons à la deuxième catégorie de faits dont celle-ci tire avantage : le paiement de ses dettes et les obligations contractées pour ses affaires par les époux. La communauté n'étant qu'un être abstrait, les dettes communes procèdent nécessairement soit du mari, soit de la femme. Aussi l'époux dont elles proviennent en reste tenu personnellement, alors même qu'elles sont à la charge de la communauté. Le conjoint de l'époux dont vient la dette peut lui-même la payer de ses biens propres, par pure complaisance; ou encore, s'il s'agit d'une dette contractée pendant le mariage avec l'autorisation du mari, il ne faut pas oublier que ce dernier est tenu même sur ses biens personnels. Si donc le débiteur originaire ou son conjoint paye la dette, et qu'il prétende à une indemnité, il a, pour exercer son recours, trois choses à prouver : l'existence de la dette, sa nature de commune, et son extinction.

La dette était-elle antérieure au mariage, le conjoint qui l'a payée rapporte le titre qui la relatait et qui sert à indiquer l'existence et la nature de la dette, et la quittance avec mention d'emploi de deniers ou de créances propres déléguées, ou encore les actes relatant la procédure de saisie de ses immeubles propres, la distribution du prix aux créanciers, et l'adjudication. Les titres constatant des obligations de la femme contractées avant le mariage doivent avoir date certaine; autrement elle ne pourrait rien réclamer à la communauté. Si la femme prétend que les titres ou les quittances établissant l'extinction d'une dette commune avec des valeurs lui appartenant ont été détruits ou sont détenus par le mari, elle peut recourir à tous moyens de preuve (témoins, présomptions).

Si la dette est postérieure à la célébration du mariage, il

faut encore distinguer. Si c'est le mari qui a contracté l'obligation, il en prouve l'existence par les moyens ordinaires, et le paiement par la présentation du titre ou de la quittance qu'il retire du créancier. Il faut en outre qu'il établisse son droit à la récompense, qu'il justifie que c'est avec ses biens personnels qu'il a désintéressé le créancier, et de plus que la dette faisait définitivement partie du passif de la communauté. Pour le premier point, il est nécessaire qu'il prenne lors du paiement certaines précautions. Supposons, par exemple, que, au moment où le créancier demande son remboursement ou exerce ses poursuites, la caisse commune ne renferme point de valeurs suffisantes; mais le mari vient d'aliéner un de ses immeubles propres dont le prix n'est pas encore exigible. Il offre au créancier, qui accepte, de lui déléguer sa créance; l'acte constatant la délégation, et qu'il a soin de faire rédiger dans la forme authentique, établit suffisamment que la dette a été payée sur ses biens personnels. Ou bien encore le mari donne un de ses propres en paiement de la dette; il doit rapporter l'acte constatant la dation en paiement.

Mais comment prouver que la dette était définitivement commune? Aux termes de l'art. 1409 la communauté se compose passivement des dettes, tant en capitaux qu'arrérages, contractées par le mari pendant la communauté, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu, sans distinction entre les dettes mobilières ou immobilières. Il en résulte que le mari demandeur n'a qu'à se retrancher derrière la présomption légale de l'art. 1409; sa prétention ne peut être détruite que par la preuve contraire mise à la charge de la femme ou de ses héritiers, qui doivent établir que la dette a été contractée par le mari dans son intérêt personnel, ou procède d'un fait dont il est seul responsable.

Supposons en second lieu que c'est la femme qui s'est obligée. Est-elle protégée par la même présomption, et lui est-il permis de rejeter sur ses adversaires le fardeau de la preuve contraire?

Il faut distinguer trois cas :

1° La femme s'est engagée seule, avec l'autorisation maritale.

2° Elle s'est engagée conjointement ou solidairement avec son mari.

3° Elle s'est engagée avec permission de justice.

1^{er} cas. Si la femme a contracté en son nom personnel, il me semble qu'elle ne peut prétendre au bénéfice de la présomption dont jouit le mari, en admettant même qu'elle ait obtenu son autorisation. Si le mari est réputé avoir contracté dans l'intérêt de la communauté, c'est que son mandat d'administrateur l'oblige à agir au nom de la communauté qu'il représente. La communauté s'identifie avec lui pendant le mariage, et même quand il s'oblige en son propre nom, il est presumable, jusqu'à preuve contraire, qu'il n'a point retenu pour lui seul le bénéfice de ses engagements. La femme, au contraire, est étrangère à la gestion de la communauté, et quand par hasard elle rompt le silence, et contracte personnellement un emprunt, rien n'indique qu'elle le fasse pour venir en aide à la communauté.

2^e cas. Elle s'est obligée conjointement ou solidairement avec son mari. Dans cette hypothèse, l'obligation de la femme, procédant des mêmes causes que celle du mari, doit avoir les mêmes effets, et si l'un est présumé avoir contracté dans l'intérêt de la communauté, il est juste que l'autre, la femme, qui n'a probablement prêté sa signature que pour augmenter le crédit du véritable débiteur, jouisse de la même faveur et puisse invoquer la même présomption. Aussi voit-on dans l'art. 1431 que la femme qui s'oblige avec son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté n'est réputée, à l'égard du mari, s'être obligée que comme caution.

3^e cas. Enfin la femme s'est engagée, sur le refus du mari, avec permission de justice (il faut excepter les cas prévus dans l'art. 1427). La communauté n'est pas obligée au paiement de la dette. Néanmoins, alors même que la femme n'a poursuivi que la satisfaction de ses propres intérêts, la communauté doit lui tenir compte du profit qu'elle a pu retirer de ces conventions.

Il nous reste à dire quelques mots sur l'exercice des reprises des époux.

Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté, par suite du décès d'un des conjoints ou de la séparation de biens, qu'il peut être question de la liquidation des droits respectifs du mari ou de la femme. Jusqu'à ce jour tous les biens, propres, communs ou acquêts sont soumis à la même administration, et les valeurs mobilières de toute provenance confondues dans la même caisse. Une fois faite la preuve du droit à la récompense, et avant d'agir contre la communauté, il est logique et indispensable d'établir la consistance de son actif et son bilan. En effet la femme, comme nous le verrons tout à l'heure, exerce ses reprises sur les biens du mari en cas d'insuffisance des biens communs. Cette insuffisance ne peut être établie qu'en procédant à la reconstitution de la masse commune. Cette opération terminée, les époux exercent leurs récompenses dans l'ordre et de la manière suivante : les prélèvements de la femme, qu'elle accepte ou qu'elle renonce, s'exercent avant ceux du mari. Si la femme renonce, elle devient étrangère à la communauté, qui d'ailleurs n'a plus d'existence légale, dévolue qu'elle est tout entière au mari qui devient seul débiteur des dettes communes. Il n'y a plus de biens communs, contre lesquels elle doit agir de préférence, et qu'il lui faille épuiser tout d'abord. Si elle accepte, elle jouit encore d'une faveur égale. L'article 1472 nous dit effectivement que la femme et ses héritiers, sans distinguer entre l'acceptation ou la renonciation, exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance de la communauté, tandis que le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens communs. Seulement dans ce cas ce n'est qu'après l'épuisement du fonds commun que la femme peut recourir contre son conjoint. La situation favorable créée à la femme s'explique facilement par la raison que pendant le mariage elle est restée complètement étrangère, non seulement à la gestion des affaires communes, mais encore à l'administration de ses propres biens. Si par

l'incapacité ou la faute du mari la communauté devient insolvable, l'épouse n'en doit point pâtir.

Les prélèvements s'exercent, pour les biens qui n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers (art. 1471 C. c.).

Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux (et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté) emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté (1473). Nous avons dit plus haut pourquoi : les intérêts échus pendant le cours de la communauté constituent des valeurs mobilières, qui, à ce titre, retomberaient dans l'actif commun.

DEUXIÈME PARTIE

RÉCOMPENSES DUES PAR LES ÉPOUX A LA COMMUNAUTÉ

Aux termes de l'article 1437, toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie d'un immeuble à lui propre, ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense.

Le principe posé dans l'article 1437 repose, nous l'avons vu, sur le même fondement d'équité que le principe de l'art. 1433 ; il ne serait pas plus juste que les époux s'enrichissent aux dépens de la communauté que celle-ci aux dépens des époux. La communauté légale ne doit rien avoir de lésion (Trop long, *Cont. de mar.*, n° 1168.)

A la différence du remploi légal, cette sorte de récompense semble toujours avoir été admise à l'égard de la femme, dans l'ancien droit. Il n'en était pas de même à l'égard du mari, que la majorité des coutumes et les commentateurs les plus illustres s'obstinaient à reconnaître comme seigneur et maître de la communauté : seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les pouvait vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir ou volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude (coutume de Paris, art. 225). Les pouvoirs du mari, sur la communauté, dans cette coutume du moins, étaient donc absolus, tellement absolus qu'on pouvait raisonnablement dire

que la société ne commençait entre les époux qu'au jour de la dissolution du mariage.

Le législateur moderne a restreint ces privilèges exorbitants ; il refuse au mari la qualification de maître et de seigneur pour ne lui laisser que celle d'administrateur. Administrateur *cum liberâ potestate*, le Code lui laisse la faculté de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer sans le concours de sa femme. Mais il assigne à ses droits des limites qui ne permettent pas de les confondre avec ce pouvoir en quelque sorte absolu que les coutumes avaient établi. « Rodière et Pont. » Un frein est mis à ses folles dissipations et à ses prodigalités : à ses dissipations par la menace de la séparation de biens que la femme peut demander quand sa dot est en péril ; à ses prodigalités, par l'impossibilité légale où il se trouve maintenant de disposer à titre gratuit, à son plaisir et volonté, des immeubles de la communauté et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

En un mot, il n'est plus propriétaire, il n'est qu'associé gérant.

De cette idée nouvelle résulte l'assimilation presque complète du mari et de la femme dans leurs rapports avec la communauté. Le mari, administrateur légal des trois patrimoines, muni de pouvoirs très larges, soumis au seul contrôle, souvent impuissant, presque toujours indulgent, de la femme, qui ne peut l'exercer, d'ailleurs, qu'en recourant à la justice, le mari, dis-je, peut dissiper les biens communs, comme tout autre associé, jouissant des mêmes facultés de gestion, pourrait le faire ; mais il lui est interdit de tirer avantage de l'appauvrissement de la communauté.

De ce principe que la communauté devient créancière des époux de tout ce qu'elle a déboursé pour eux, nous trouvons nombre d'applications éparses dans le titre du contrat de mariage.

Mais à côté du développement tout spécial de l'art. 1437 qui

contient l'idée fondamentale de notre chapitre, nous n'étudierons que les espèces particulières, mentionnées *passim* ou omises dans le Code, dont l'explication offrira quelque intérêt.

En premier lieu et généralement, l'article 1457 nous dit que toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, il en doit la récompense.

Sous le régime de la communauté conventionnelle, ce cas se produit fréquemment, quand, par exemple, le contrat de mariage renferme la clause d'exclusion de dettes. Mais il se produit également en matière de communauté légale. Toutes les dettes, en effet, même mobilières, ne grèvent point définitivement la communauté, qu'elles soient antérieures ou postérieures au mariage. La preuve en est pour les premières dans l'art. 1409 alinéa 1^{er}, et pour toutes dans l'article 1457 lui-même.

CHAPITRE PREMIER

DETTES CONTRACTÉES AVANT LE MARIAGE

Les obligations contractées par les époux avant le mariage sont nécessairement ou mobilières ou immobilières. Par *a contraria* de l'alinéa 1^o de l'art. 1409, et par application du principe même que tout ce qui est immobilier reste propre aux époux, les dettes immobilières restent à la charge des conjoints. Sans doute les dettes immobilières sont beaucoup plus rares qu'autrefois par suite de la mobilisation des rentes et de la généralisation de la règle que la vente est translatrice de propriété. Cependant, on n'est point sans en pouvoir encore citer quelques exemples. La vente d'un immeuble par l'un des époux est consentie avant son mariage, sous cette réserve que la translation de propriété et la tradition n'auront lieu qu'après. L'obligation de livrer l'immeuble est incontestablement immobilière. Citons également l'hypothèse où la vente a pour objet un immeuble indéterminé. Jusqu'à ce que le vendeur se soit mis en mesure de livrer l'objet de la vente, jusqu'à ce que les contractants se soient mis d'accord sur le choix de l'immeuble, la translation de propriété ne s'opère pas. Il n'y a là qu'une obligation immobilière à la charge du conjoint vendeur susceptible d'exécution matérielle ou de conversion en dommages-intérêts. Si le créancier se contente de recourir à ce dernier parti, et que la communauté pour éviter la saisie des biens personnels du conjoint récalcitrant s'exécute pour lui, elle en doit être indemnisée. Il en est de même si l'immeuble à livrer est acheté des deniers communs.

Est également récompensable le paiement par la communauté des dettes mobilières relatives aux immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux, et antérieures au mariage. A l'égard des créanciers, il n'est faite aucune distinction entre les dettes mobilières, de quelque nature, de quelque prove-

nance qu'elles soient, et cela à raison même de leur objet, et dans le but d'éviter des contestations longues et coûteuses. Mais il n'en est pas de même en ce qui concerne le règlement définitif entre les époux. Quand il s'agit de régler la part contributive de la communauté et des conjoints dans ces sortes de dettes la loi s'attache moins strictement à leur nature, à leur objet, et s'inquiète davantage de leur origine et de leur cause. Et en effet le caractère mobilier d'une dette relative à un propre n'est qu'accidentel.

A l'envisager de près, elle constitue plutôt un accessoire intime de l'immeuble. Elle est une charge *viscérale* d'un droit immobilier ; elle doit donc en subir le sort. L'immeuble reste propre ; la dette doit être exclue du passif de la communauté. L'on trouve cette sage distinction en vigueur dans l'ancien droit, à l'exception peut-être de la coutume de Paris qui n'accordait les récompenses que pour les rentes dues par l'un des conjoints avant le mariage et rachetées ou servies par la communauté. La majorité des coutumes faisait même une application excessive de l'idée d'équité qui domine dans toute notre matière et l'on allait jusqu'à conclure que la créance d'une somme due à l'un des époux, lors du mariage, pour soulte d'un partage d'immeubles entre cohéritiers, ne tombait pas dans l'actif de la communauté.

Mais de même que dans notre droit, le prix d'un immeuble aliéné avant le mariage tombe dans la communauté sans récompense, parce qu'au jour de la célébration tout rapport a disparu entre l'immeuble et le conjoint aliénateur, de même faut-il encore, dans l'espèce, que l'immeuble à l'occasion duquel la dette est née appartienne encore à cette même époque au conjoint dont elle provient. Car si le bien propre à l'occasion duquel la dette est née n'existe plus dans la main du conjoint débiteur, on ne peut plus dire que la dette acquittée par la communauté soit relative à un propre.

On peut considérer comme dettes mobilières relatives à un propre les sommes dues pour l'augmentation de l'immeuble, sa

conservation, les améliorations qui y sont faites, son affranchissement ou le rachat de services fonciers qui le grevaient. La donation immobilière faite à l'un des époux à la charge du paiement d'une somme oblige cet époux à récompenser la communauté du montant de cette somme, si elle en fait l'avance.

Il en est de même de la soulte due pour partage d'immeubles échus par succession, sous cette réserve qu'il faut encore que la part afférente au conjoint héritier se trouve encore dans son patrimoine au jour du mariage.

A propos des successions, nous distinguerons (les mêmes observations pourront d'ailleurs s'appliquer aux donations) : la succession est-elle purement mobilière? Pas de difficulté; les dettes sont communes ou personnelles selon leur caractère mobilier ou immobilier envisagé objectivement.

La succession est-elle purement immobilière? En supposant toujours qu'elle s'est ouverte au profit de l'un des époux avant le mariage et que les dettes en provenant aient été acquittées par la communauté, il faut s'enquérir avant tout de l'objet de ces dettes. Immobilières, elles sont exclues du passif commun. Étant donné qu'elles sont mobilières, la communauté n'en est pas nécessairement tenue sans indemnité; il reste à savoir si elles ne sont point relatives aux propres recueillis dans l'hérédité. En ce cas elles tombent sous l'application de l'article 1407 § 1^{er}, et le conjoint au profit de qui elles ont été acquittées en doit récompense. Ainsi le prix d'acquisition de ces immeubles, les dépenses de conservation ou d'amélioration, la soulte d'un partage, les frais de ce partage ayant pour cause les immeubles mêmes qui en sont l'objet, constituent des dettes définitivement personnelles.

Mais ce serait commettre une grave erreur juridique que généraliser cette solution et prétendre que toutes les dettes d'une succession immobilière sont relatives aux immeubles qui en dépendent. Rien ne nécessite et ne justifie cette prétendue relation obligatoire qu'on voudrait créer entre l'actif et le passif d'un patrimoine. Par l'effet même de l'adoption du

régime de la communauté, ne voit-on point ces deux parties d'une unité se disjoindre, à raison de la nature des objets, des créances ou des dettes qui les composent ? « L'héritier est tenu des dettes de l'hérédité, abstraction faite des immeubles ; ces dettes lui sont devenues personnelles, par le fait seul de l'acceptation de l'hérédité..... Il n'y a donc pas de raison de distinguer ces dettes, par rapport à la communauté, des autres dettes qu'il aurait contractées avant le mariage. » Dalloz, *Cont. de mariage*, n° 884 ; arrêt de la Cour de Douai, du 6 janvier 1846, D. P., 46, 2, 217.)

Cette distinction, pourtant bien logique, a été repoussée par M. Duranton, dont l'erreur doit être attribuée à la confusion qu'il fait des règles applicables aux successions antérieures au mariage avec celles applicables aux successions qui s'ouvrent depuis. La différence est pourtant très grande comme nous le verrons plus loin. En effet, les dettes des hérédités ouvertes au jour de la célébration sont régies formellement, et de l'avis de presque tous les commentateurs du Code civil, par l'art. 1409. C'est aux secondes seulement que l'art. 1412 s'applique.

La solution à donner est la même au cas de successions à la fois mobilières et immobilières.

Il est encore d'autres dettes mobilières censées relatives aux immeubles propres ; nous voulons parler des dettes hypothécaires, frappant les biens de l'un des époux au jour de la célébration.

L'hypothèque garantit-elle une obligation mobilière personnelle au conjoint sur l'immeuble duquel elle existe, elle n'influe en rien sur la nature de cette dette, puisqu'elle n'en est précisément que l'accessoire. Si la communauté paye, elle exerce ou non son recours selon que la dette doit ou ne doit pas rester à sa charge. Le débiteur originaire est-il exproprié, il agira selon les mêmes distinctions. Ici, en réalité, la dette n'est pas la dette de l'immeuble.

Supposons au contraire que l'immeuble soit hypothéqué en garantie d'une dette dont l'époux n'est pas tenu lui-même, au

moins définitivement : que l'hypothèque, par exemple, soit consentie pour la dette d'un tiers : la communauté paye la dette pour éviter l'expropriation de l'immeuble. Deux hypothèses se présentent à l'esprit : ou le conjoint sur l'immeuble duquel repose l'hypothèque est en même temps engagé à la dette comme caution ; ou il s'était contenté d'affecter son immeuble à la garantie de la dette, à laquelle il entendait rester personnellement étranger. Au premier cas il est poursuivable, d'après l'art. 1409, directement, et la communauté qui, héritière de ses obligations, acquitte la dette, n'a aucune réclamation à élever contre lui si toutefois la dette est mobilière. Cependant elle n'est pas absolument dépourvue de recours. Subrogée aux obligations de la caution, elle est également subrogée aux droits et aux actions que la loi confère à celle-ci. Le tiers débiteur principal pour lequel elle a payé est tenu à son tour envers elle d'une dette à laquelle l'extinction de l'obligation primitive a donné naissance. Rien donc de particulier dans cette espèce, à l'occasion de laquelle nous nous sommes référé aux principes généraux du Code.

Il n'en est pas de même au cas où le propriétaire de l'immeuble est tenu, non pas personnellement, de la dette, mais seulement en qualité de détenteur ou de possesseur de l'immeuble. Il a, et c'est l'exemple que nous citions plus haut, consenti une hypothèque pour la dette d'un tiers, conformément à l'art. 2077 du Code civil, ou encore il a acquis un immeuble grevé d'hypothèque par le vendeur ou le précédent propriétaire. La personne même du bailleur ou du détenteur du gage se trouve alors hors de jeu, et il n'y a point lieu de lui faire l'application de l'art. 2072 du Code civil, aux termes duquel quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Ceci est tellement vrai qu'à supposer la saisie et l'expropriation de l'immeuble, si le prix de l'adjudication est insuffisant, le créancier n'en a pas moins épuisé tous ses droits contre le saisi, d'où l'on peut conclure que le véritable débiteur

c'est l'immeuble, et non le propriétaire de l'immeuble. Il en résulte que si la dette est payée par la communauté pour éviter l'expropriation, les deniers communs ont affranchi le propre de l'un des conjoints, qui doit une indemnité de ce chef. Il n'est pas nécessaire pour justifier cette solution, d'attribuer, comme le fait Troplong, à la dette hypothécaire un caractère immobilier (n° 715 du contrat de mariage). En effet, contre quelque débiteur et sur quelque bien que l'exécution de l'obligation se poursuit, la chose due était, dans notre espèce, mobilière ; si donc ni l'époux, sur ses autres biens personnels, ni la communauté, n'en peuvent être tenus, c'est que l'immeuble hypothéqué seul est engagé, et soumis seul à l'action du créancier.

La communauté qui paye a un double recours à exercer : contre le conjoint dont elle a préservé l'immeuble ; et contre le débiteur principal dont l'hypothèque garantissait l'obligation. L'exercice de ce dernier recours lui est assuré par les articles 1250 ou 1375 du Code civil.

Par suite du partage d'une succession à laquelle est appelé l'un des époux, un immeuble hypothéqué à une dette héréditaire est mis dans le lot de ce dernier, qui est tenu personnellement pour sa part, et hypothécairement pour le tout.

Les principes exposés plus haut nous permettent de résoudre facilement la question d'indemnité quand les deniers de la communauté ont été employés à l'acquittement de la dette. Pour ce qui est de la part contributive afférente à l'époux, il faut se reporter à l'article 1409, c'est-à-dire rechercher si la dette hypothécaire est relative à un propre. Mais il n'y a pas à s'occuper de l'origine ni de la cause de la dette en ce qui concerne la portion dont il n'est tenu qu'hypothécairement. La dette est concomitante à l'immeuble, selon une expression de notre ancien droit ; elle n'existe point contre le nouveau propriétaire de l'immeuble en sa qualité de représentant de son auteur, elle ne lui est pas personnelle ; ce n'est qu'accidentellement qu'elle le frappe dans sa fortune. Cette charge ne pèse que sur l'im-

meuble hypothéqué en vertu de l'indivisibilité de l'hypothèque; elle n'engage donc point la communauté.

Une dernière observation nous reste à faire, applicable à tous les cas où la communauté paye les dettes relatives aux propres des époux. L'époux débiteur de la récompense ne peut pas s'en décharger, abandonner l'immeuble à la communauté. La dette n'étant point entrée dans la communauté à l'origine, il ne doit plus être permis à l'époux de l'y faire entrer par la suite. Il est dans l'esprit de la loi de fixer invariablement l'actif et le passif de la communauté, de manière à prévenir les spéculations et les avantages indirects entre conjoints. Or, si l'on autorisait le mode de libération dont il s'agit, l'époux débiteur pourrait à son gré s'enrichir aux dépens de la communauté, si l'immeuble avait diminué de valeur, ou avantager la communauté s'il y avait plus-value. Ce serait d'ailleurs substituer à un capital fixe et certain une valeur susceptible de variations.

L'art. 1409, al. 1, n'est pas strictement limitatif. D'autres dettes mobilières que celles relatives à des propres et antérieures au mariage, restent à la charge personnelle des époux. Pothier cite comme exemple (n° 240, *loc. cit.*) la vente d'arbres qui sont encore sur pied au moment de la célébration. La dette est bien mobilière, puisque le créancier n'a droit aux arbres que lorsqu'ils seront abattus. Cependant si la communauté pour éviter des poursuites contre l'époux débiteur, ou pour le libérer des condamnations prononcées contre lui, désintéresse le créancier, elle doit être indemnisée de ce qu'elle a déboursé. Autrement en effet, et à supposer que la futaie dont font partie les arbres vendus ne soit pas aménagée, le conjoint qui s'est servi des deniers communs s'enrichirait nécessairement aux dépens de la communauté; car celle-ci ne pourrait profiter de la valeur des coupes faites dans cette même futaie jusqu'à concurrence de ses déboursés, qu'à charge de récompense (application de l'article 1409, C. c., alin. 5).

En prévision du mariage ou avant sa célébration, une dona

tion ou un legs est fait à l'un des époux sous la condition qu'une dette mobilière, grevant cette libéralité, ou même personnelle au donataire, sera exclue de la communauté. Cette classe n'est pas contraire à la loi, car les stipulations favorables à la communauté ne doivent pas être moins permises que celles qui lui sont onéreuses (Dalloz, *Cont. de mar.*, n° 889). Or, d'après l'article 1401, alinéa 1^{er}, un donateur peut stipuler que les meubles qu'il donne à l'un des conjoints n'entreront pas en communauté. Si donc la dette exclue de la communauté a été néanmoins acquittée par elle, le donataire lui doit une indemnité.

Enfin on a voulu apporter à la règle générale de l'article 1401, qui en fait de dettes mobilières ne laisse à la charge des époux que celles relatives aux immeubles propres, une dernière exception, susceptible, si on l'admettait, de rendre vaine la lettre de la loi. Partant de cette idée que la communauté ne saurait être tenue sans récompense que des dettes dont l'acquittement ne procure au débiteur définitif que sa libération, sans être pour lui la cause éventuelle de son enrichissement, la Cour de Bastia, dans un arrêt du 13 juin 1844, a jugé que la dot constituée au profit d'enfants du premier lit, et avant un second mariage (si la dot était constituée après un nouveau mariage, on rentrerait dans l'application de l'article 1469 qui soumet, comme nous le verrons plus tard, chaque époux ou son héritier au rapport des sommes qui ont été tirées de la communauté pour doter un enfant d'un autre lit), que la dot constituée avant un second mariage, dis-je, donne lieu à récompense, si elle a été payée des deniers de la communauté. Il s'agissait dans l'espèce d'un sieur Renucci, veuf en premières noces, qui, après avoir marié ses trois filles, issues du premier lit, avait contracté un second mariage, sous le régime de la communauté légale. La dot promise à une de ses filles, et consistant en la somme de 1440 francs, n'avait pas été payée lors du deuxième mariage ; elle ne le fut que plus tard. Au décès des époux Renucci, et lors du partage de la succession du père,

l'enfant du second lit soutint que les enfants du premier lit devaient récompense à la communauté légale ayant existé entre sa mère et leur père commun de la somme de 1440 francs, payée pendant le cours de la communauté, bien que cette somme eût été constituée en dot antérieurement au mariage. Les juges de première instance repoussèrent l'action. Appel fut fait du jugement devant la Cour de Bastia, qui l'infirma en se basant sur des considérations juridiques que nous essayerons de résumer. Trois raisons majeures sont développées dans les considérants de l'arrêt. D'abord, en vertu de l'article 1469 du C. c., chaque époux ou son héritier doit rapporter les sommes tirées de la communauté pour doter un enfant d'un autre lit, sans distinguer si la constitution a eu lieu ou non avant l'établissement de la communauté ; le législateur n'ayant eu évidemment en vue, dit l'arrêt, que le profit personnel que fait l'époux en payant la dot de ses enfants. Cet argument repose sur une pétition de principe, car c'est justement cette absence de distinction qu'il faudrait établir avant tout, et autrement que par des affirmations. Or les termes mêmes de l'article 1469 semblent indiquer qu'il ne s'agit que de dot constituée pendant le mariage : « chaque époux rapporte les sommes tirées de la communauté... pour doter les enfants d'un autre lit ou pour doter personnellement l'enfant commun. » L'emploi réitéré du mot *doter* dans la même phrase ne permet point de lui prêter deux sens différents ; et d'ailleurs le sens grammatical de ce verbe est plutôt celui de constitution de dot antérieure ou concomitante au paiement, que de paiement postérieur à la constitution.

Un autre argument des juges de la Cour de Bastia, c'est que l'art. 1409 ne saurait être entendu autrement que des dettes proprement dites qui s'éteignent par le paiement sans laisser aucune suite, et que la dot n'étant qu'un avancement d'hoirie, elle doit figurer dans le partage de la succession qui l'a constituée ; qu'il serait donc injuste que les enfants du premier lit profitassent de la somme prélevée des biens de la communauté

au préjudice de l'autre époux qui avait droit à la moitié de cette somme. Je répondrai d'abord qu'il importe peu que les sommes dotales constituées aux enfants du premier lit viennent ou non figurer dans la succession du donateur ; ce qui n'est pas toujours vrai, car rien n'empêche qu'elles soient dispensées de rapport. D'ailleurs si à l'égard du donateur prédécédé, la dot constituait bien une donation, à l'égard de la communauté elle constituait une dette, dont la communauté s'est trouvée grevée par le fait seul du mariage. De quoi peuvent se plaindre le conjoint et les enfants du second mariage ? Les enfants communs ont tout ce à quoi ils pouvaient prétendre, quand le rapport est fait à la succession de leur auteur. Ils ne peuvent dire : « Nous avons droit par *préciput* à une moitié de la dot, comme due à notre mère qui n'est pas la vôtre, ou plutôt parce que, vous autres enfants d'un premier lit, vous êtes obligés de récompenser la communauté de la moitié des sommes qui ont été prises sur elle pour vous doter » ; parce que, précisément, cette autre moitié constitue, dans les rapports de ces enfants d'un premier lit avec la communauté, une dette commune dont ils étaient créanciers avant le mariage, et que la communauté, aux termes de l'art. 1409, était tenue de payer sans récompense. La femme non plus ne peut se plaindre ; et, à son égard, la question d'équité est entièrement hors de jeu, car en acceptant le mariage elle acceptait la situation telle quelle. L'existence d'un premier mariage et d'enfants du premier lit était chose qu'elle ne devait guère ignorer. Elle pouvait prendre ses précautions, exiger les quittances des dots constituées à ces enfants. Si elle ne l'a point fait, elle est en faute. D'ailleurs l'art. 1409 ne distingue point entre les dettes connues et les dettes ignorées.

On voit de suite qu'il en devait être autrement quand la dot est constituée pendant le mariage. La dotation d'enfants d'un premier mariage porterait une grave atteinte aux conventions matrimoniales, si elle n'était soumise à la récompense. En outre il serait à redouter que les liens étroits de parenté unissant le

donateur au donataire ne rendissent ces sortes de libéralités trop fréquentes et trop onéreuses pour la communauté. Le danger venait surtout des pouvoirs étendus du mari.

L'art. 1437 nous semble encore prêter un bien faible appui au système que nous venons de combattre. Cet article, d'après l'arrêt, impose exclusivement à l'époux les dépenses dont il a tiré un profit personnel. Mais la section même où est placé cet article (section 11, de l'administration de la communauté, et de l'effet des actes de l'un ou l'autre époux relativement à l'association conjugale), le contexte même de l'article, les espèces qu'il cite, permettent de croire qu'il ne se réfère qu'aux obligations ayant pris naissance pendant la durée du mariage, tandis que l'art. 1409 s'occupe précisément des dettes antérieures.

Enfin, a-t-on dit, ce qui doit faire disparaître tout doute à ce sujet, c'est que dans tous les cas il faudrait dire que les sommes de la communauté employées au paiement d'une dot rentrent de droit à la communauté au moment où elles sont rapportées à la succession de l'époux qui avait constitué la dot, parce qu'alors les choses sont en quelque manière remises en l'état où elles étaient avant le paiement de la dot, comme si ce paiement n'avait pas eu lieu. Autre erreur, que nous avons déjà relevée plus haut. Il est inexact de dire que les choses se passent comme si le paiement n'avait pas existé. Supposons d'abord que le donataire renonce à la succession ; il n'est pas tenu au rapport de la dot ; donc la libéralité et le paiement subsistent avec tous leurs effets. Accepte-t-il, son acceptation n'entraîne point la résolution, l'annulation du paiement. Les choses données ne rentrent point dans la succession en considération de la personne du défunt, en vertu d'une sorte de retour légal. Elles n'y rentrent que pour en ressortir aussitôt ; elles n'y rentrent que pour figurer au partage, et dans le but de maintenir l'égalité entre les cohéritiers. Ceci est tellement vrai que si l'enfant du premier lit est seul héritier, le rapport ne se conçoit plus, et que si l'objet de la donation est un

immeuble, le donataire le peut conserver, à condition de moins prendre dans les autres biens.

Il est cependant un cas où nous nous rallierons à la théorie développée dans l'arrêt de la Cour de Bastia : celui où l'enfant donataire précéderait, et où l'ascendant donateur aurait droit au retour légal (art. 747, C.c.). En effet la communauté, en héritant de l'obligation de payer la dot, devient en quelque sorte cessionnaire de tous les droits et actions en reprise de la chose, en tant que chose donnée. Le droit au retour légal s'ouvre parce que la donation a manqué de cause, et que dans ces conditions le paiement de la dot a quelque analogie avec le paiement de l'indû.

CHAPITRE II

DETTES PRENANT NAISSANCE APRÈS LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Les époux, privés de capitaux, car tous les biens meubles tombent en communauté, sont obligés de puiser à la caisse commune pour se libérer des engagements personnels qu'ils contractent pendant le cours du mariage. Les améliorations, les impenses nécessaires faites sur leurs propres, les charges des successions personnelles, les constitutions de dot aux enfants, rendent ce recours nécessaire et fréquent. Dans tous ces cas, et dans une infinité d'autres, que les obligations proviennent de contrats, de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, il est dû récompense à la communauté dont les deniers ont été employés à la décharge et dans l'intérêt exclusif de l'un des conjoints, ou pour l'acquittement des peines pécuniaires prononcées contre lui. Le critérium auquel il faut recourir pour distinguer si une dette, qui a pris naissance dans un fait postérieur au mariage, doit être considérée ou non comme définitivement commune, ce critérium, dis-je, est très large. Et à part quelques hypothèses, les plus fréquentes ou les plus intéressantes prévues dans divers articles du Code civil, et notamment dans l'art. 1457, les tribunaux jouissent d'une liberté souveraine d'appréciation.

La question qu'on doit se poser est celle-ci : dans telle circonstance donnée un des époux s'est-il enrichi au préjudice de la communauté, ou a-t-il employé les deniers communs à l'acquittement de ses dettes personnelles ? Si oui, il en doit récompense.

On comprend que, étant donnée l'infinité d'aspects et de formes que peut emprunter la satisfaction des intérêts personnels des conjoints au détriment du patrimoine commun, on ne pourrait avoir la prétention de présenter la nomenclature complète de tous les faits qui rendent la communauté créan-

cière des époux. Il est plus simple, en s'inspirant d'ailleurs des dispositions contenues et de l'ordre établi dans l'art. 1437, de faire rentrer les espèces où l'on aura à faire l'application du principe de récompense dans deux grandes classes : la première comprenant les dettes ou charges relatives aux propres ; la seconde tous les autres faits, prévus ou non prévus dans la loi, desquels résulte l'enrichissement des conjoints au préjudice de la communauté.

Nous subdiviserons ainsi qu'il suit la première classe :

1° Dettes relatives au recouvrement et à la consolidation des propres.

2° Dettes ou charges ayant trait à la conservation ou à l'amélioration des propres.

3° Dettes ou charges relatives à l'acquisition d'un propre pendant le mariage, et spécialement de l'abandon d'un immeuble par un ascendant à l'un des époux pour le remplir de ce qu'il lui doit ou payer ses dettes, de la cession ou vente par un ascendant d'un immeuble avec réserve d'usufruit ou moyennant une rente viagère ; du retrait d'indivision, du rachat avec les deniers de la communauté des servitudes ou services fonciers assis sur un immeuble propre, etc., etc., enfin de la constitution d'une rente viagère sur la tête de l'un des époux avec clause de réversibilité.

Dans la seconde partie, nous traiterons spécialement de la constitution de dot aux enfants communs ou issus d'un premier mariage, des condamnations prononcées contre les époux, des coupes de bois, des récoltes retardées ; du rachat d'une rente viagère à la charge de l'un des conjoints, etc.

SECTION I. — DETTES RELATIVES AUX PROPRES.

§ I. Recouvrement et consolidation des propres.

La propriété n'accompagne point toujours et nécessairement la possession. Des conditions insérées aux contrats d'aliénation rendent parfois la translation de propriété incertaine ;

quelquefois aussi des causes de nullité, de rescision, de résolution entachent le titre ou la convention. Enfin très souvent la prescription, c'est-à-dire la possession civile prolongée pendant un certain temps, vient suppléer le manque absolu de titre, ou en purger les vices. Si cette propriété résoluble, cette propriété instable se trouve au cours du mariage consolidée ou transformée en un droit irrévocable, et que pour ce faire il soit sorti une somme quelconque de la communauté, l'époux propriétaire doit tenir compte des sommes déboursées pour lui.

Ainsi la condition suspensive attachée à l'acquisition immobilière que l'un des époux a faite avant le mariage, et qui se réalise pendant le mariage, est le principe d'une récompense pour la communauté de toute somme déboursée par elle pour la réalisation de cette condition.

Ainsi encore, si pour obtenir la ratification d'une vente immobilière, faite à un époux antérieurement au mariage soit par une personne qui n'était pas propriétaire de l'immeuble, soit par une personne se portant fort d'un incapable, soit par l'incapable lui-même, et que pendant le mariage une somme soit versée pour obtenir la ratification du véritable propriétaire, ou de celui pour lequel on s'est porté fort, ou de l'incapable devenu majeur, il en est dû récompense à la communauté. (Dufrénois, *Formulaire des liquidations et partages*, vol. II, p. 148.)

Il en est encore de même au cas de rescision d'une vente d'immeuble faite à l'un des conjoints avant le mariage. Si au cours du mariage le vendeur demande la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes, et qu'un supplément de prix soit payé pour échapper à la rescision, il est dû récompense à la communauté de la somme fournie.

Un des conjoints a acheté un immeuble à réméré. Il paye une certaine somme au vendeur pour se dégager du pacte de rachat. Même solution.

Il a commencé à posséder un immeuble avant la célébration.

Plus tard, pour échapper à l'action en revendication et consolider son droit de propriété, il désintéresse avec les deniers communs le véritable propriétaire. Il devient débiteur de la communauté.

En sens inverse on peut supposer que l'aliénation d'un immeuble, consentie par l'un des époux avant le mariage, vienne à être révoquée ou rescindée pendant le mariage, de manière que cet époux rentre dans la propriété de son immeuble. Il doit récompense à la communauté de toute somme déboursée à ce sujet. Et spécialement s'il s'agit d'une rescision de vente pour cause de vilité de prix, la récompense est du prix restitué à l'acheteur et des frais (Dufrénois, *loc. cit.*). Empruntons encore cet exemple à Lebrun (*De la com.*, page 381, n^{os} 1 et suivants).

Un mari a vendu avant son mariage un immeuble à réméré. Il le rachète depuis avec l'argent de la communauté. Cet héritage rentre dans ses mains à titre de propre. Il est dû récompense.

On doit décider de même pour les frais de procédure exposés dans une action en nullité, en rescision, en révocation ou en revendication ; à moins que l'époux n'ait perdu son procès. Car il n'a pas profité de cette dépense non nécessaire.

Enfin il est dû récompense à la communauté des sommes payées de ses deniers, en exécution d'une transaction au moyen de laquelle un des conjoints a recouvré ou conservé la possession d'un immeuble sur lequel il avait des droits avant le mariage ou qui lui est échu depuis par succession ou donation.

SECTION II. — CONSERVATION ET AMÉLIORATION DES PROPRES.

Les réparations utiles à la conservation de l'immeuble se divisent en grosses réparations et réparations d'entretien. De ces dernières qui comprennent notamment le rétablissement partiel des couvertures, portes, fenêtres, planchers et le replâ-

trage des murs, nous n'avons pas à nous préoccuper ; car elles constituent des charges usufruituaires, et aux termes de l'article 1409 le passif de la communauté comprend les réparations usufruituaires des immeubles qui n'entrent pas en communauté.

Quant aux grosses réparations appelées aussi impenses nécessaires, et qui consistent dans le rétablissement des gros murs, la réfection des couvertures entières, etc., le conjoint propriétaire de l'héritage sur lequel elles ont été faites, en doit tenir compte à la communauté, jusqu'à concurrence de la somme qu'elles lui ont coûtée, quand même il ne subsisterait plus rien de l'immeuble. La raison donnée par Pothier (n° 635, *De la communauté*) est très juste : « En effet l'impense étant supposée nécessaire et indispensable, si elle n'eût été faite des deniers de la communauté, le propriétaire eût été obligé de la faire de ses propres deniers, ou de ceux qu'il aurait empruntés d'un tiers ; c'est pourquoi, bien que l'impense ne subsiste plus, il profite toujours de toute la somme qu'il a tirée de la communauté, en ce qu'elle lui a épargné de tirer une pareille somme de son propre fonds, ou de l'emprunter d'un tiers : *hactenus locupletior est quatenus propriæ pecuniæ pepercit.* » D'ailleurs, dans la législation actuelle, la disposition de l'article 1457 spéciale à la conservation des propres est le corollaire de l'article 605, qui laisse les grosses réparations à la charge du nu-propriétaire à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut d'entretien.

A côté des charges imposées par la nécessité de conserver l'immeuble, l'article 1457 place les débours faits pour l'amélioration des propres, et qu'on divise généralement en impenses utiles et impenses voluptuaires. Les dépenses utiles consistent par exemple dans l'édification de nouveaux bâtiments ou l'agrandissement, ou l'aménagement mieux ordonné des bâtiments déjà existants, l'installation de machines industrielles perfectionnées, le défrichement des bois, le drainage des terres, etc. Il doit être tenu compte à la communauté des

sommes avancées par elle pour l'exécution de ces travaux, car ils sont véritablement d'une grande utilité. Troplong cite à ce sujet une singulière disposition de la coutume de Nivernais. S'agissait-il de bâtiments faits sur les propres durant le mariage, cette coutume, décidait dans son article 6, tome XXII, que les édifices faits sur les propres n'étaient pas sujets à remboursement. Cette décision, qui d'ailleurs était généralement repoussée, ne se justifiait point, car elle permettait au mari de s'enrichir aux dépens de la communauté et de dépouiller ainsi son conjoint.

Dans le cas où des améliorations ont été faites sur un propre de la femme, sans qu'elle y ait donné son consentement ni apporté son concours, la récompense est due néanmoins. La considération qu'elle reste étrangère aux travaux n'offre d'intérêt qu'au point de vue du calcul de la récompense. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Les impenses somptuaires ou voluptuaires sont celles de pur agrément, qui n'ont par conséquent procuré qu'une insignifiante augmentation de valeur au fonds. On peut donner comme exemples le percement d'allées dans un parc, la construction de kiosques, etc., etc.

Les dépenses relatives à ces travaux ne visent que la satisfaction du luxe ou de l'amour-propre; la plus-value qu'elles donnent est souvent plus considérable. Aussi MM. Rodière et Pont prétendent-ils que c'est uniquement quand les dépenses voluptuaires ont créé une augmentation de valeur locative de l'immeuble que la récompense est due, et jusqu'à concurrence de l'augmentation. Cette décision nous semble erronée, ou au moins trop absolue. Nous croyons qu'il faut distinguer entre le cas où l'époux sur le propre duquel ont été faits les embellissements a ordonné lui-même les travaux, les a surveillés, en a été l'instigateur, et celui où les dépenses ont été faites en dehors de lui, à son insu ou à son encontre. Dans le premier cas, l'époux joue vis-à-vis de la communauté le rôle d'emprunteur, et « devient, au fur et à mesure des déboursés, débiteur

des sommes qu'il prend dans la communauté, ni plus ni moins que s'il les empruntait chez un autre (Buguet, Rod. et Pont). » Au second cas le conjoint ne doit indemniser la communauté que de ce dont il s'est enrichi.

Du reste, quand les impenses voluptuaires consistent dans l'apport sur l'immeuble d'objets d'un certain prix qui peuvent s'enlever sans détérioration, le propriétaire de l'immeuble où ces objets se trouvent ne peut s'opposer à leur enlèvement et à leur vente au profit de la communauté, à moins d'en offrir la valeur.

(Pothier, 637, 1437, vol. V. ; Rod et Pont, 961 ; Odier, t. 553 ; Toullier, XIII, 170). Mais la fixation de ces indemnités rentre dans la théorie générale du calcul des récompenses auquel nous consacrons plus loin un chapitre spécial.

SECTION III. — DETTES OU CHARGES RELATIVES A L'ACQUISITION D'UN PROPRE PENDANT LE MARIAGE.

En général les immeubles acquis pendant le mariage des deniers communs tombent en communauté (article 1401) et même la présomption est qu'ils sont acquêts (article 1408.) Il se peut faire cependant que l'acquisition de tout ou partie d'immeubles au prix de deniers communs produise un effet tout différent, et que, soit en considération des liens de parenté et d'affection existant entre l'aliénateur et l'époux acquéreur, soit dans le but de ménager les intérêts les plus chers aux époux, et de conserver la propriété immobilière dans la famille qui l'a transmise, soit enfin par l'effet même de l'acte générateur de l'acquisition, le bien soit exclu du patrimoine commun.

D'un autre côté les immeubles échus à titre de succession ou de donation demeurent propres à l'époux donataire ou héritier. Dans toutes ces hypothèses, s'il est puisé dans la caisse commune pour solder le prix de l'immeuble ou payer les charges et les dettes qui accompagnent la donation ou la succession, il ne serait point juste que les avances faites par la communauté

fussent perdues par elle. Aussi, outre l'article 1437, trouvons-nous dans le titre du contrat de mariage, au Code civil, divers textes imposant au conjoint, à qui l'acquisition profite, l'obligation d'indemniser la communauté.

1° Cession d'un immeuble par un ascendant à un des époux pour le remplir de ce qu'il lui doit.

En première ligne vient la cession ou l'abandon d'un immeuble par un ascendant à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il doit, soit à la charge pour lui de payer les dettes dudonateur à des étrangers. Régulièrement, toute cession d'immeubles, faite autrement que dans la forme des donations, et moyennant l'acquiescement ou la libération de dettes ou charges personnelles au cédant, constituerait une vente, et l'objet aliéné devrait, conformément au principe posé dans l'article 1401, tomber en communauté. C'est ce qui arriverait si le contrat était passé avec un étranger. Mais, comme nous le disions plus haut, le législateur a pris en considération les rapports étroits qui unissent les deux ayants cause. Ce qui s'est passé du vivant de l'ascendant se fût nécessairement produit à son décès. Dans ces circonstances, l'immeuble héréditaire serait resté propre au conjoint héritier, sauf à la communauté à exercer sa créance contre la succession, si le défunt était son débiteur, ou à recourir contre l'époux dont elle aurait éteint la dette héréditaire.

Il faut bien remarquer que l'article 1406 n'établit aucune différence entre les dettes dont l'ascendant pouvait être tenu envers la communauté. Rien donc n'autorise à voir là une lacune, et à y suppléer en soustrayant à la règle le cas où l'immeuble a été livré en paiement d'une somme ou de valeurs mobilières constituées en dot par l'ascendant. Cependant les anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point.

2° *Vente d'un immeuble par un ascendant à l'un des conjoints.*

Il est évident que si l'ascendant vendait l'immeuble pour un capital déterminé à l'un de ses enfants mariés auquel il ne devrait rien, l'application de l'article 1406 ne serait plus possible. Mais si nous supposons la vente faite sous réserve d'usufruit ou moyennant une rente viagère, on peut concevoir un doute (Toullier, t. XII, 146). Assurément, et à ne considérer que la forme de l'acte et la nature du contrat, l'opération intervenue entre l'ascendant et l'époux a tous les caractères d'une vente, et par conséquent devrait en produire tous les effets. Par suite l'immeuble aliéné avec rétention d'usufruit ou à fonds perdu semble devoir constituer un acquêt, et le prix principal, capital ou arrérages, grever la communauté sans indemnité.

Mais la raison de douter se trouve dans l'article 918. Quand un ascendant aliène un de ses immeubles, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit, au profit de l'un de ses successibles en ligne directe, la loi déclare que la valeur en pleine propriété du bien aliéné est imputable sur la quotité disponible, alors même que la valeur représentative de la rente viagère, par exemple, égale ou excède la valeur de l'immeuble; et c'est même ce que je suppose dans l'espèce. Car si les charges retenues étaient de beaucoup inférieures à la valeur de l'immeuble, il faudrait considérer le contrat intervenu entre l'ascendant et l'époux comme une donation, quelque nom qui lui fût donné; à charge toutefois par l'époux d'indemniser la communauté du paiement du capital donné en retour de l'immeuble ou des prestations. La loi établit donc contre tout acte de cette nature, quelque loyal qu'il soit, lésât-il même l'acquéreur, une présomption invincible de libéralité, et elle soumet cette donation *sui generis* à réduction, lorsqu'elle dépasse la quotité disponible. Ceci donné et en rapprochant l'article 918 de l'article 1405,

aux termes duquel les donations d'immeubles faites pendant le mariage à un seul des époux ne tombent pas en communauté, ne peut-on raisonnablement soutenir que l'immeuble acquis dans ces conditions reste propre à l'époux acquéreur, et que ce dernier doive récompense à la communauté des sommes déboursées par elle pour l'acquittement des charges. Cette prétention me semble cependant contestable au point de vue juridique ou au moins énoncée dans un sens trop absolu. Qu'on y prenne bien garde ! le législateur n'assimile cette sorte d'aliénation à une libéralité que dans une hypothèse assez rare, lorsque la valeur de l'immeuble aliéné est imputable sur la réserve. Hors ce cas, il lui laisse produire tous ses effets de contrat à titre onéreux ; ainsi l'objet cédé n'est point rapportable (Marcadé) ; et les droits de mutation se perçoivent au taux des actes commutatifs. En un mot, la présomption légale de l'article 918 a pour but, non pas de maintenir l'égalité entre les cohéritiers, mais de rendre impossible la spoliation des réservataires. Mais les rapports existant entre les époux et la communauté ne sont point modifiés par cette disposition toute spéciale. Le contrat a tous les caractères de la vente, car il comporte un objet et un prix ; il en revêt, nous le supposons, toutes les formes ; il doit donc en produire *ab initio* tous les effets.

Ainsi l'immeuble devient acquêt de communauté, quel que soit l'époux en considération duquel la vente a été faite, quels que soient les deniers qui aient servi au paiement du prix ou des arrérages. La communauté garde l'immeuble et en paye le prix sans récompense. Cependant, il se peut faire que la valeur de l'immeuble aliéné excède la quotité disponible, et que la réduction soit demandée par les réservataires, contre la communauté, à mon avis, car dans l'espèce je l'assimile à une sorte de cessionnaire. La communauté évincée a-t-elle contre le conjoint, dont l'ascendant est partie au contrat, un recours pour les charges retenues en l'échange de l'immeuble aliéné (les arrérages d'une rente viagère par exemple) et qu'elle a

payées en l'acquit de ce conjoint? Et l'immeuble tout entier doit-il être considéré dorénavant comme objet donné, et par suite propre à l'époux pour ce qui excède la réduction? Voici ce que je répondrai : la nature de l'acte intervenu entre l'ascendant et son successible a quelque chose d'incertain, de conditionnel. Des circonstances ultérieures, telles que le décès de l'ascendant, l'existence d'héritiers réservataires, l'insuffisance de la réserve, modifient de fond en comble son caractère et ses effets juridiques; de vente, il devient donation, avec toutes les conséquences qu'entraîne la rétroactivité de la condition suspensive. Le contrat est donc censé avoir constitué dès l'origine une donation; mais une donation *pro parte*. Car la partie de l'immeuble respectée par la réduction conserve sa nature d'acquêt, et par suite la récompense n'est que de la portion du prix proportionnelle à l'éviction. De même que dans le cas de vente à un étranger d'un immeuble, que l'aliénateur tenait d'une donation, et dont la valeur dépasse la quantité disponible, la réduction n'atteint que la part du bien aliéné correspondante à la somme nécessaire pour parfaire la réserve, et n'ouvre l'action en garantie que jusqu'à concurrence de l'éviction, de même les retranchements subis par la communauté n'ont que des effets restreints et limités à la perte subie.

3° *Retrait d'indivision.*

Une autre exception à la règle que les immeubles acquis autrement qu'à titre de succession ou de donation pendant le mariage tombent en communauté, est contenue dans l'article 1408 du Code civil. Lorsque l'un des époux est propriétaire d'une part indivise d'un immeuble, et que l'autre part est acquise pendant le mariage, sur licitation ou autrement, par l'époux propriétaire, ou par son conjoint, ou par tous deux, la part nouvellement acquise devient propre à cet époux, avec celle qui lui appartenait déjà, sauf, bien entendu,

la récompense qui sera due par cet époux à la communauté pour le prix de l'acquisition (Marcadi, t. V, p. 463).

Cette disposition tire son origine du droit romain. « *Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas qua socius marito damnatus fuerit...; quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit...*, etc. A la dissolution du mariage, la femme reprenait l'immeuble tout entier, sans que ni elle ni son mari pussent s'y refuser.

Cette loi offrait de graves inconvénients, en ce que la femme, obligée de prendre à son compte une opération réalisée par le mari, même à un prix exorbitant, était souvent victime de manœuvres frauduleuses qui la dépouillaient. Aussi, la jurisprudence coutumière lui permit-elle de répudier la propriété de l'immeuble si elle jugeait l'opération préjudiciable (Pothier, *Com.*, 150 et 151).

L'article 1408 prévoit également le cas où le mari est copropriétaire de l'immeuble licité. Se rend-il acquéreur, il devient propriétaire de l'immeuble entier et indemnise la communauté des sommes qu'il lui emprunte pour payer la part qui revient dans le prix à son ou à ses copropriétaires. Il en est de même si la femme copropriétaire figure personnellement au contrat par lequel elle acquiert l'immeuble, ou à l'acte qui le lui adjuge.

Mais à la suite de la règle posée dans le premier alinéa, notre article en contient une seconde qui, dans certaines circonstances, modifie sensiblement la première. Le principe général est corrigé, adouci dans l'intérêt de la femme, non point lorsqu'elle a figuré au contrat d'acquisition comme partie agissante, mais lorsque précisément elle a été laissée à l'écart, et il y a tout lieu de craindre que le mari ne se soit préoccupé que de son intérêt personnel. Il faut supposer pour cela que le mari, agissant seul et en son nom, acquiert par vente volontaire ou sur adjudication tout ou partie d'un

immeuble appartenant par *indivis* à la femme. Alors la partie indivise acquise ne devient pas nécessairement un propre de la femme, car peut-être l'achat est-il trop onéreux ou ne lui convient-il pas. Elle jouit d'un droit d'option qu'elle exerce lors de la dissolution de la communauté. L'immeuble a-t-il été adjugé en totalité au mari, et la femme refuse t-elle de s'approprier l'acquisition, la communauté, propriétaire unique, devient débitrice envers la femme de la portion du prix proportionnelle à sa part indivise. Prend-elle au contraire l'acquisition pour son compte, elle doit récompense à la communauté des sommes soldées à son acquit pour la part qui ne lui appartenait pas.

4° *Rachat de services fonciers.*

Un immeuble propre à l'un des conjoints est grevé d'une servitude foncière. Le rachat de cette servitude donne également droit à une indemnité envers la communauté.

5° *Rachat d'usufruit.*

Quand c'est un usufruit qui est racheté, faut-il décider comme s'il s'agissait d'une servitude réelle? L'usufruit est-il éteint au profit de l'époux nu-propriétaire, moyennant récompense, ou constitue-t-il un acquêt de communauté? L'article 1437 est muet sur cette question, et ne parle que du rachat des servitudes et services fonciers. Cette question, tranchée généralement sur la doctrine coutumière dans un sens favorable à l'époux nu-propriétaire, rencontre aujourd'hui de nombreux adversaires parmi les interprètes les plus autorisés du Code civil. Dumoulin (*Coutume de Paris*, art. 119, avait, un des premiers, assimilé l'usufruit aux services fonciers : « *redemptio servitutis vel usufructus facta constante matrimonio non cadit in communionem.* » Lebrun nous dit, (livre III, ch. II, section 1^{re}) que « le rachat de l'usufruit n'est que l'extinction d'une servitude dont l'héritage était chargé,

et l'époux avait dans la pleine propriété un droit ancien et habituel qui se réalise. »

Mais dans la législation moderne, nous n'avons aucun texte qui nous autorise à nous séparer de la règle générale de l'article 1401, 3°. En vain dira-t-on que la généralité des expressions de l'article 1457 peut s'appliquer à une acquisition d'usufruit. Jamais on ne me persuadera que les termes « dettes ou charges personnelles à l'un des époux » puissent convenir à l'usufruit grevant un immeuble propre. On s'explique très bien qu'il soit fait une disposition spéciale pour le rachat des services fonciers. En effet, à raison de leur nature même, ces sortes de servitudes ne sont pas susceptibles d'être acquises par d'autres que par le propriétaire de l'un des héritages (Daloz, *Contrat de mariage*, n° 719), tandis que l'usufruit est un démembrement de la propriété et a une existence indépendante, tellement que la loi le qualifie d'immeuble susceptible d'hypothèque.

L'argument tiré de l'article 1408, pour être plus spécieux, n'en est pas meilleur. Les motifs qui ont dicté l'article ne se rencontrent plus dans notre espèce. Le retrait d'indivision a précisément pour objet de faire cesser l'indivision, qui est toujours préjudiciable. Mais ici nous trouvons deux immeubles parfaitement distincts, l'usufruit et la nue propriété. En outre si nous n'avons pas d'intérêt à appliquer par assimilation dans notre hypothèse la règle de l'article 1408, c'est précisément par ce que tôt ou tard l'usufruit doit faire retour à la nue propriété, par une cause toute naturelle, la mort du tiers sur la tête duquel il est constitué. (Cette doctrine a été confirmée par un arrêt de la Cour de Rouen du 16 juillet 1845, aff. Duchesne, D.P., 45, 1, 321, voir aussi Pothier, n° 639, Rodière et Pont, n° 412). En résumé l'usufruit reste conquêt de communauté, et il ne peut par conséquent y avoir lieu à récompense.

6° *Soulttes.*

Il est dû récompense par l'époux à la communauté à raison des soulttes ou retours de lots dont il était chargé par suite du partage d'immeubles encore indivis lors du mariage.

7° *Remploi.*

L'acquisition faite en remploi au nom de l'un des époux pour un prix supérieur à celui de l'immeuble remplacé, avec déclaration que l'immeuble acquis lui sera propre pour le tout, l'oblige à faire récompense à la communauté de tout ce qui dans le prix de l'acquisition excède celui de l'immeuble aliéné.

8° *Dettes des successionsj*

Viennent ensuite les indemnités dues à la communauté à raison du paiement des dettes des successions immobilières échues aux époux pendant le mariage. On sait qu'à la différence de ce qui se produit pour les dettes antérieures au mariage, quelle que soit leur provenance, et qui deviennent communes ou restent propres selon leur nature ou leur objet, la dévolution des dettes de successions échues au cours de la communauté est beaucoup plus équitable. On ne dit plus : là où va l'actif mobilier, là va aussi le passif mobilier, etc., mais : là où va l'émolument actif, va aussi le passif.

Supposons donc une succession mobilière : L'actif tout entier tombe en communauté, et par conséquent le passif.

La succession est-elle immobilière, les immeubles héréditaires restent propres au conjoint héritier, qui est seul tenu des dettes. Et ici, par une dérogation à l'article 1419, aux termes duquel les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement de son mari tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté ou

l'indemnité due au mari, ici, dis-je, la pluralité des auteurs admettent qu'au cas où c'est à la femme qu'est dévolue la succession immobilière, l'acceptation, faite même avec l'autorisation maritale, ne donne point cependant d'action aux créanciers contre les biens communs ou les biens personnels du mari. Les raisons auxquelles nous devons la règle exceptionnelle de l'article 1419 du Code civil, et que l'on peut ramener à cette idée qu'il arrive souvent qu'une dette que l'on déclare contractée au nom de la femme le soit pour la communauté, ou même dans l'intérêt personnel du mari, ne se rencontrent plus dans l'espèce, car l'acceptation d'une succession immobilière échue à la femme n'attribue nécessairement les biens qu'à celle-ci. Si cependant pour éviter l'expropriation des immeubles héréditaires échues à la femme ou de ses biens personnels, dont l'usufruit ou les revenus ne seront même pas respectés la communauté, y trouvant elle-même son intérêt, avance l'argent nécessaire pour désintéresser les créanciers, elle devient elle-même créancière du montant de ses déboursés.

La succession est-elle au contraire échue au mari, le paiement pourra non seulement être poursuivi sur les immeubles héréditaires et les autres biens propres du mari, mais aussi sur les biens de la communauté. Le mari est chef de la communauté; il a aussi qualité pour l'obliger, et les engagements qu'il contracte sont poursuivables contre la communauté (Marcadé, exp. de l'art. 1413, t. V, page 495). Mais il doit indemniser la communauté des sommes qu'il lui emprunte pour désintéresser ses créanciers héréditaires.

En troisième lieu la succession est à la fois mobilière et immobilière. En cas de succession mixte, bien que le passif se divise comme l'actif, les créanciers ont néanmoins action pour le tout contre la communauté, sauf quand l'hérédité dévolue à la femme n'est acceptée, au refus du mari, qu'avec l'autorisation de la justice. Dans ce cas la communauté n'est poursuivable que jusqu'à concurrence du mobilier versé dans la communauté. L'inventaire dressé lors de l'ouverture de la

succession permet de fixer la part contributoire de l'héritier et de la communauté dans le passif, et de déterminer l'étendue du droit de la communauté à la récompense des sommes qu'elle a payées au delà de son contingent proportionnel dans les dettes. Ce que nous avons dit des successions s'applique également, et avec les mêmes distinctions, aux donations immobilières faites aux époux.

Appendice. — Si les époux, par donation, par vente ou de toute autre manière aliènent un immeuble acquêt ou un capital mobilier dépendant de la communauté, moyennant une rente viagère sur leur tête et celle du survivant d'eux, sans réduction ou avec réduction au décès du premier mourant, cette rente est la représentation de l'immeuble ou du capital acquêt et se trouve à sa place dépendre de la communauté, de sorte que, dans ce cas, il n'y a pas lieu à récompense. La vente se partage comme tout autre acquêt à la dissolution de la communauté (Poitiers, 1^{er} août 1872, 5, p. 203).

Mais en doit-il être de même quand l'acte de donation ou d'aliénation porte que la rente viagère qui en forme la charge ou le prix sera réversible pour le tout au profit du survivant qui, par ce moyen, aura un droit exclusif à la rente ?

Cette question a donné naissance à trois systèmes que nous allons résumer rapidement. Il est bien entendu que, pendant le mariage, la rente viagère, ainsi constituée avec clause de réversibilité, garde le caractère de conquêt. Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté qu'on se demande si le survivant a un droit exclusif à la rente, ou si la rente dépend encore de la communauté, et doit être partagée.

Le premier système, soutenu notamment par MM. Aubry et Rau, repousse l'exécution de la clause de réversibilité; cette solution, d'après eux, serait préférable à l'idée d'une récompense dont la détermination présenterait parfois de grandes difficultés. La première raison qu'ils donnent est que les époux, en dehors des conditions légales auxquelles est soumis le emploi ou des hypothèses spéciales prévues par le législateur,

ne peuvent créer des propres au profit de l'un d'eux, et qu'il n'y a aucune raison de distinguer à cet égard entre l'acquisition d'une rente viagère et celle d'un immeuble. « Toute convention, expresse ou tacite, qui aboutirait à un pareil résultat serait nulle, soit comme tendant à modifier les effets légaux du régime de communauté, soit comme constituant une donation mutuelle faite entre conjoints par le même acte. » (Aubry et Rau, § 507, note 9.) Ces auteurs supposent que l'aliénation du bien de communauté a été consentie par les deux époux conjointement ; et assimilant la constitution de la rente avec réversibilité sur la tête du dernier survivant à une libéralité, ils soumettent l'acte à la prohibition contenue dans l'art. 1097 du C. c., aux termes duquel les époux ne peuvent pendant le mariage se faire, ni par actes entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. (Orléans, 28 décembre 1843, Bordeaux, 24 décembre 1867, t. de Baugé, 21 décembre 1872.)

Le second système est dû à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décide que l'époux survivant profite seul de la rente, car le contrat est entièrement à titre onéreux, même à l'égard de la femme, qui abandonne son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné, en échange du droit conditionnel qu'elle acquiert. Le survivant peut donc retenir la rente et en jouir pour le tout moyennant récompense en faveur des héritiers du prédécédé (Paris, 25 mars 1844 ; Req. 29 avril 1851, Dalloz 44, 2,97 ; 52, 1,25). L'obligation du survivant doit être réglée par les principes sur la communauté, et d'après la disposition spéciale de l'art. 1437 : toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense. La Cour de cassation trouvait un précédent dans Lebrun. « Si le mari, disait-il, a donné à fonds perdu une somme ou un conquêt qu'il a tiré de la communauté, moyennant une rente viagère payable aux deux conjoints, et après le décès de l'un d'eux au survivant, la même opération aura lieu à proportion, et parce que le fonds n'est particulier à aucun

des conjoints, mais est de la communauté, le survivant rendra aux héritiers du prédécédé la moitié des revenus de chaque année, à compter depuis le décès du prédécédé. » (Lebrun, Comm. liv. I, chap. v, dist. 2, n. 17.)

MM. Rodière et Pont insistent sur ce point que c'est aux *héritiers* de l'époux prédécédé que la récompense est due par le survivant, mais non à la communauté elle-même, car « l'époux, qui a sa part à prendre dans le fonds commun, n'aurait, en fin de compte, s'il payait à la communauté, remis à la masse que la moitié de ce dont il est réellement débiteur. »

Enfin un troisième système, plus radical, a trouvé des défenseurs, notamment chez MM. Troplong et Marcadé. Suivant eux, la rente viagère, appartient au conjoint survivant, *sans principe de récompense*, en raison de la cause aléatoire sous laquelle la réversibilité a été stipulée. La communauté n'a acheté la rente viagère qu'à la charge expresse que le survivant en partagerait pas avec les héritiers du prédécédé. (Troplong, 1200). Cette clause est parfaitement valable et constitue un pacte aléatoire, dont chaque époux est appelé à profiter en cas de survie. L'égalité est donc parfaitement respectée entre eux ; le pacte aléatoire conclu dans un intérêt commun doit être également respecté.

Dé ces trois systèmes, le premier est à mon avis le seul admissible. Le second est puéril dans ses conséquences. A quoi bon, en effet, attribuer à l'époux survivant la faculté de percevoir la totalité des arrérages de la rente, s'il est tenu de se dessaisir immédiatement de la moitié de ces arrérages en faveur des héritiers de son conjoint ? N'est-il pas plus simple d'éviter ces complications, ces circuits de paiement ? Il faut dire toutefois que l'étude de ce système, qui rentre d'ailleurs dans la discussion générale des caractères et des effets de la clause de réversibilité, peut présenter quelque intérêt si l'on admet avec la jurisprudence que le montant de la récompense est calculé suivant la valeur en capital de la rente au jour de la dissolution de la communauté, qui est fixée en ayant égard tant à l'âge

et à l'état de santé du conjoint survivant qu'au montant du capital originairement aliéné, et non pas uniformément à moitié de la rente viagère (Cass., 16 décembre 1867, S. 68, 1, 118).

Enfin la troisième solution, donnée par M. Troplong, me semble faire bon marché du principe émis dans l'art. 1457. Quelque nom que l'on donne à la clause de réversibilité jointe à la stipulation de la rente, il n'en est pas moins vrai que l'immeuble cédé en échange ou le prix stipulé au contrat ont été tirés de la communauté. Du jour où les chances ont été converties en certitude, de ce jour le survivant des époux jouit dans ce système, et sans récompense, d'un avantage acquis au prix des valeurs puisées dans la caisse commune. Or l'article 1457 ne fait aucune distinction entre les actes sortant immédiatement leur effet et les actes aléatoires. Il soumet les conjoints à la récompense toutes les fois qu'ils ont tiré un profit personnel de la communauté, quelle que soit la cause productrice de ce profit. Ce n'est point que nous prétendions, comme le tribunal de Baugé, dans son jugement du 24 décembre 1872 (S. 73, p. 90), qu'on puisse considérer la clause comme renfermant une donation faite par le premier mourant des époux au survivant, donation nulle, car les époux ne peuvent pendant le mariage se faire une libéralité mutuelle et réciproque par un seul et même acte (1097). La chance que l'acte donne à chacun des conjoints de prendre la rente pour lui seul en cas de survivance trouve sa cause dans la chance équivalente de l'autre conjoint. Les deux époux abandonnent donc par avance un droit réel et fixe dans la rente en échange d'un droit soumis à la condition de leur survie; l'acte qui peut aussi bien les constituer bénéficiaires que les dépouiller n'a donc point les caractères de la donation.

Nous nous trouvons donc en présence d'un contrat à titre onéreux tendant à faire de la rente un propre de l'époux survivant. Eh bien, et ici nous nous rallions à la jurisprudence du tribunal de Baugé, ce contrat est nul, car il tend dans une certaine mesure à modifier les conventions matrimoniales, et

parce que l'art. 1395 interdit tout acte de cette nature. En vain, dirait-on avec M. Troplong que la clause est parfaitement valable puisqu'elle constitue un pacte aléatoire, que l'égalité est respectée entre les époux, et qu'en conséquence le contrat aléatoire stipulé dans l'intérêt commun doit également être respecté. Mais l'art. 1395 ne distingue point : les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Les donations entre époux, il est vrai, sont permises, d'abord puisqu'elles sont révocables, et ensuite parce qu'elles ne présentent point les dangers d'actes à titre onéreux, et ne dissimulent point aussi facilement la fraude ; et encore faut-il qu'elles ne renferment que de pures libéralités, dans les limites et les conditions de formes établies par la loi (art. 1097), et en outre qu'elles respectent l'esprit et le texte de l'art. 1395.

Cette constitution de rente viagère avec clause de réversibilité s'analyse, disons-nous, en un contrat à titre onéreux passé entre les époux. Mais il ne faut pas que nos adversaires se hâtent de triompher en s'emparant de notre aveu, et de nous dire : aucun texte ne prohibe les contrats à titre onéreux entre époux, donc la clause de réversibilité est valable, ayant un caractère onéreux. Cette assertion est trop absolue ; la preuve en est dans l'art. 1595 qui prohibe la vente entre époux, sauf dans trois cas particuliers. Peut-être même pourrait-on assimiler la stipulation réciproque de réversibilité à une cession, à une vente aléatoire de droits intervenue entre époux, et s'autoriser de l'article 1595 pour annuler cette clause. Quoi qu'il en soit, il est certain que si les actes commutatifs ne sont pas interdits aux conjoints, ils ne leur sont cependant permis qu'en tant qu'ils ne font pas échec à la loi, et notamment, dans l'hypothèse, aux prescriptions de l'article 1395.

En vain essaye-t-on d'établir que la clause de réversibilité ne viole point l'article 1595. Sans doute, dit-on, la rente est un acquêt, et doit être traitée comme telle ; en sa qualité de bien commun, elle appartient donc par indivis aux deux époux. Il

est vrai qu'elle doit être attribuée par prélèvement au survivant des époux, en exécution de la clause de réversibilité. Mais les effets de cette clause sont suspendus pendant le mariage et ne doivent se produire qu'à la dissolution de la communauté. En somme les époux n'abandonnent que *leur part future* dans l'acquêt. Cette cession conditionnelle et anticipée, qui ne doit se réaliser que lorsque la communauté n'existera plus, ne porte donc point atteinte à la règle de l'article 1395, puisque justement elle prend la composition de la communauté telle qu'elle est lors de la dissolution du mariage. Pure subtilité que tout cela ! S'il en était ainsi, l'article 1395 serait inutile, car il ne trouverait jamais son application. Il suffirait aux époux d'abriter les conventions modificatives de leur contrat de mariage sous la stipulation d'un terme incertain, dont l'échéance coïnciderait avec la dissolution de la communauté, pour valider ces changements illicites. Malgré l'incertitude de leur terme, ces conventions n'en seraient pas moins irrévocables. Comme toutes les obligations à terme, elles lieraient par leur rétroactivité les époux, auxquels il ne resterait aucun moyen de se soustraire à leur exécution, pas plus que si les contrats intervenus entre eux sortaient immédiatement leur effet. C'est précisément ce que le législateur n'a point voulu en édictant la disposition prohibitive de cet article.

Personne n'irait jusqu'à admettre comme valable l'acte par lequel l'un des époux s'engagerait envers son conjoint à comprendre dans le partage de la communauté un propre, dont il se réserverait d'ailleurs la pleine propriété jusqu'au jour de la dissolution, sous la condition que son conjoint y comprît également l'un de ses propres. Et cependant le caractère commutatif de cette convention, assurant aux époux des avantages égaux, devrait la rendre tout aussi licite que la clause de réversibilité.

Si les donations *inter conjuges* sont permises sans en excepter même celles qui peuvent modifier dans une certaine mesure la composition des patrimoines respectifs des époux et de la

communauté, c'est que ces donations, étant révocables à la volonté des conjoints, rien n'est vraiment définitif jusqu'à la dissolution du mariage. Ce n'est qu'au jour où la communauté s'éteint, que les effets de la donation s'affirment, se réalisent sans rétroactivité, puisque toute aliénation, toute disposition postérieure de l'objet donné rend la libéralité caduque. La donation entre époux ne constitue donc, pour ainsi dire, tant que dure la communauté, qu'un simple projet, qui ne tombe point par conséquent sous l'application de l'article 1395.

Mais nous avons vu que la stipulation réciproque de réversibilité dans la constitution d'une rente viagère ou d'un usufruit n'est point une donation. Et, fût-ce une donation, elle serait nulle comme libéralité mutuelle et réciproque faite par un seul et même acte, et dérogeant par conséquent à l'article 1097.

Assurance sur la vie. — Une assurance sur la vie a été contractée par les deux époux communs en biens au profit du survivant d'eux. La jurisprudence, suivant les mêmes principes qu'en matière de constitution de rente viagère avec réversibilité, décide qu'une telle convention n'implique pas l'existence d'une libéralité, mais constitue plutôt une stipulation intéressée, en vertu de laquelle chacune des parties consent à perdre sa part en cas de prédécès, pour gagner, au cas de survie, le montant intégral de l'assurance. En définitive chacun des époux aurait un droit éventuel à la totalité de l'assurance, droit soumis en même temps à la condition suspensive de sa propre survie, et à la condition résolutoire de la survie de son conjoint; de sorte que le survivant a un droit personnel et exclusif au capital assuré. A ce point de vue, le survivant, sans être donataire du prédécédé, tire un profit personnel des biens de la communauté, puisque les primes qui ont servi à former l'assurance ont été prises dans la communauté, d'où il suit que d'après la règle générale de l'article 1457, il en doit la récompense qui est du montant des primes payées pendant le mariage. (Trib. Abbeville, 24 mars 1874; Meaux, 8 mars 1877). La jurisprudence a varié cependant, et dans une espèce semblable il a

été jugé que la femme survivante, ayant renoncé à la communauté, avait droit à la totalité de l'assurance à titre de libéralité, et par conséquent sans récompense. (Douai, 31 janv. 1876 ; S. 77, II, 33 ; cass. 28 mars 1877, S. 77, III, 93).

Nous ne pouvons admettre ni l'une ni l'autre de ces solutions pour les raisons exposées plus haut. Le montant de l'assurance constitue un acquêt de communauté et se partage comme tel entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé.

SECTION IV. — DES DETTES AUTRES QUE CELLES RELATIVES AUX PROPRES,
ET DES ACTES DONT IL RÉSULTE UN ENRICHISSEMENT POUR LES ÉPOUX
AU PRÉJUDICE DE LA COMMUNAUTÉ.

Ce droit qu'a le mari de charger les biens de la communauté, tant pour la part qu'il y a que pour celle qu'y a sa femme, de toutes les dettes qu'il contracte pendant la communauté, est une suite de la qualité qu'il a de chef de la communauté, et que lui donne le droit de puissance qu'il a sur sa femme.... La femme, lorsque son mari contracte, est censée, non en son propre nom, mais en sa qualité de commune, contracter et s'obliger avec lui pour sa part en la communauté, même sans qu'elle en ait rien su, sans qu'elle puisse s'y opposer. (Pothier n° 248, loc. cit.)

Telle était la situation créée au mari par le droit coutumier.

Aujourd'hui encore la communauté, d'après l'article 1409, se compose passivement de toutes les dettes contractées par le mari pendant le mariage, sans égard à leur qualité mobilière ou immobilière, et quelle que soit la cause dont elles proviennent, contrat ou quasi-contrat, délit ou quasi-délit. « Quand même ces dettes seraient de mauvais ménage, quand même les obligations du mari n'auraient pas tourné au profit de la communauté, quand même elles n'auraient pas été contractées pour l'intérêt de la communauté. » (Troplong, n° 721). Elles sont dettes de la communauté parce qu'elles sont dettes du mari.

Un associé ordinaire n'engagerait la société qu'il représente

qu'autant qu'il se serait obligé *nomine sociali* ; car la société civile ou commerciale n'affecte que quelques intérêts privés, et laisse subsister dans toute son étendue et toute son indépendance la personnalité des associés. Il n'en est pas de même dans la société conjugale. Les qualités de mari et de chef de la communauté sont indivisibles ; en principe quiconque a action contre le mari a action contre la communauté (Rod. et Pont, n° 850). Or la qualité du mari ne constitue pas un simple accident. Elle s'attache à sa personne, et le suit dans tous ses actes. Il agit encore comme mari quand il agit dans un intérêt personnel. Les créanciers peuvent donc exercer indistinctement leurs poursuites contre les biens maritaux ou les biens communs.

Le Code civil ne nous offre qu'un seul exemple d'une dérogation apportée à ce principe. Il se trouve dans l'article 1425. Les condamnations prononcées contre l'un des deux époux pour crime emportant mort civile ne frappent que sa part de la communauté et ses biens personnels. Encore cet article n'a-t-il plus d'objet maintenant, car la loi du 31 mai 1854 a aboli la mort civile.

Les obligations contractées par la femme, au contraire, ne peuvent engager la communauté sans le consentement du mari, sauf dans certaines circonstances énumérées dans l'art. 1427. Tenue qu'elle est pendant le mariage à l'écart de l'administration de la communauté, privée de tout droit sur les biens communs, on comprend très bien que la loi lui interdise tout acte de disposition indirecte de ces biens. Est-elle munie de l'autorisation maritale, l'exécution de ses engagements est poursuivable contre la communauté et même contre le mari.

Mais qu'il s'agisse du mari ou de la femme, il ne faut pas exagérer la portée des deux règles générales que nous venons d'énoncer. Absolu à l'égard des créanciers, le principe comporte des modifications en ce qui concerne les rapports des époux entre eux. Aussi à la règle que les dettes contractées par

le mari durant le mariage tombent en communauté, l'article 1409, 2°, se hâte-t-il d'ajouter : « *sauf la récompense dans les cas où elle a lieu* » ; et le législateur développe-t-il plus tard cette idée dans l'article 1437, où il indique le critérium auquel on peut reconnaître s'il y a lieu à récompense, critérium applicable au mari et à la femme. « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, et *généralement* toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense. »

Ce principe, nous l'avions déjà énoncé dans les préliminaires de la deuxième partie de notre étude. Nous avons indiqué brièvement qu'il ne s'était imposé qu'à la longue, après une lutte séculaire, et qu'il avait enfin triomphé dans notre législation. Mais jusqu'à quel point l'équité l'a-t-elle emporté sur les préjugés invétérés, dans quelle mesure l'autorité maritale a-t-elle été restreinte, quelles bornes ont été imposées aux prodigalités, aux dissipations du mari, c'est ce qui nous reste à rechercher. Le législateur nous dit dans des termes vagues par leur généralité que le mari doit récompense à la communauté des deniers sociaux employés à l'acquittement de ses dettes personnelles. Quelles sont ces dettes personnelles ? Sont-ce seulement celles dont il a tiré profit ? Ou bien le mari n'a-t-il le pouvoir d'obliger la communauté que par ses actes licites ? Est-ce en vertu d'un mandat présumé qu'il agit, et ce mandat n'implique-t-il pour lui que la faculté de contracter dans l'intérêt de la communauté, et non de l'obliger par un délit ?

Un exposé historique rapide de toutes les vicissitudes qu'a subies la question est seul capable de la résoudre.

Dans l'ancien droit, deux systèmes, diamétralement opposés dans leur principe et dans leurs conséquences, se partageaient l'opinion. Le premier, et assurément le plus répandu, se trouvait reproduit dans la coutume de Paris (art. 225). Le mari, seigneur et maître de la communauté, disposait des biens communs, à *son plaisir et volonté*, comme de ses biens personnels. Il pou-

vait les donner à personnes capables de s'enrichir sans fraude ; il lui était permis « de perdre les biens de la communauté sans en être comptable, de laisser périr par la prescription les droits qui dépendent de la communauté, de dégrader les héritages, de briser les meubles, de tuer par brutalité ses chevaux et autres animaux dépendant de la communauté, sans être comptable à la femme de toutes ces choses. » (Pothier, *De la comm.*, n° 470.) Pothier essayait d'abord de justifier la théorie qu'il développait en lui donnant pour base la qualité de maître et seigneur de la communauté, octroyée au mari par d'anciens brocards. Puis il devint hésitant. Annihiler complètement la femme, ne lui reconnaître que la simple espérance d'un droit éventuel lui semblait aussi peu juridique qu'équitable. La règle doctrinale, qui faisait en quelque sorte du mari l'unique propriétaire des biens communs pendant le mariage, était pour cet esprit puissant et logique un écueil dont il ne pouvait sortir que par une compromission. Engagé qu'il était dans un système dont il ne voulait pas se séparer, il y apportait cependant un tempérament en faisant résulter d'un mandat tacite, émané de la femme, les pouvoirs absolus du mari sur la communauté.

Certaines coutumes reculaient devant ces conséquences, et notamment la coutume d'Anjou (art. 289). « Le mari peut bien acquérir héritage ou chose immeuble du meuble commun de lui et de la femme sans l'y appeler, et aussi sans son consentement, peut vendre et aliéner tels acquêts, les charger et hypothéquer constant le mariage d'entre eux par contrat de vente, ou tel autre contrat dont les deniers ou profit viennent à la communauté d'entre eux. *Mais n'en peut donner que sa part.* Toutefois le mari peut bien, pour la décharge de sa conscience, quand il voudra par testament, ordonnance ou dernière volonté, ordonner et disposer desdits acquêts, ou partie d'iceux, être rendus par sa femme ou par les héritiers de lui à ceux de qui il les a acquis, en rendant et payant ce qu'ils coûtèrent, sans que cette substitution soit sujette à vente ni à retrait : en quel

cas la femme du défunt tiendra et possédera les deniers qui en seront reçus pareillement qu'elle eût fait lesdits acquêts. » Ainsi le mari peut aliéner les biens communs pourvu que les deniers ou profits viennent à la communauté. Il y a loin de là à l'adage : *maritus potest perdere, dissipare, abuti*. S'il n'est point nécessaire de justifier que le prix en a tourné au profit de la communauté, *il faut néanmoins qu'il ait été reçu par le mari par lequel il a passé dans la communauté*. Et le commentateur, s'inspirant des notes de Dumoulin, ajoute plus loin : *Il ne peut donner que sa part* (des biens communs), *parce que donner c'est perdre. Que si le mari a fait quelque cautionnement, la femme n'y est tenue à cause de ladite communauté, parce que cautionner, c'est aussi perdre et faire un mauvais usage de son bien*.

Guy Coquille battait également en brèche le système qui voyait dans le mari le dispensateur tout-puissant des biens de la communauté : « En ce qui touche les dettes contractées par le mari, la femme en est tenue jusqu'à concurrence de sa part, sauf si elles étaient faites pour causes *qui de soy*, et par sa destination ne concernant le fait de la communauté... Comme si le mari dote sa fille d'un autre mariage d'autres biens que des maternels,... s'il est condamné pour son délit. » Ainsi toutes les fois que le mari a agi dans son intérêt seul, ou que la communauté ne pouvait espérer aucun bénéfice de ses spéculations, ou encore que les deniers communs ont été destinés au paiement des amendes encourues pour ses délits, la dette restait personnelle au mari.

Lors de la discussion du projet du Code civil, la France était partagée entre le régime dotal, emprunté au droit romain, et le régime de la communauté et des propres, introduit par les coutumes. Lequel de ces deux régimes constituerait le droit commun de la France? Évidemment celui de la communauté, moins positif, mais plus affectueux (Locré, page 316), et plus national. Mais pour le faire admettre comme régime de droit commun sur tout le territoire sans soulever de protestations ou

de résistances gênantes de la part des partisans du régime dotal, il était urgent de leur faire quelques concessions. Le système dotal était avant tout un système protecteur de la femme, dont la dot était sauvegardée par des mesures rigoureuses prises contre le mari, même contre elle. Le maintien, dans la nouvelle législation, des anciens errements coutumiers qui faisaient du mari le maître absolu de la communauté, était de nature à inspirer l'aversion, et à jeter l'inquiétude chez des populations fanatiques du régime dotal. Aussi M. Duveyrier dans son rapport au Tribunal (séance du 19 pluviôse an XII, Locré, XIII, page 347), ménageait-il avec un soin extrême ses propres expressions, quand il traitait de la nature des droits du mari sur la communauté : « Je viens de dire que le mari était maître de la communauté ; c'est un terme consacré par l'usage : il signifie que le mari seul a toutes les actions actives et passives de la communauté. Il administre seul, et sans concurrence, les biens qui la composent. Il peut les vendre, les aliéner, les hypothéquer. Le droit coutumier lui laissait même la faculté de donner tout, meubles et immeubles, soit par acte entre vifs, soit par testament. *Mais depuis longtemps on sentait l'abus de ce droit illimité, qui pouvait dépouiller impunément la femme lorsque les biens personnels de son mari ne suffisaient pas à ses reprises.* Par donation entre vifs, il ne peut disposer d'aucune partie des immeubles de la communauté, si ce n'est pour fournir à l'établissement des enfants communs. Il ne peut donner l'universalité du mobilier. Et même s'il veut en donner une partie, il ne pourra s'en réserver l'usufruit ; restriction ingénieuse qui tend à refroidir chez lui l'intention d'une libéralité dont le droit ne pouvait être absolument enlevé à la puissance maritale. » Et plus loin : « En général toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit à l'autre récompense ou indemnité. » (Locré, t. XIII, page 353).

C'est dans ces circonstances et sous l'influence de ces idées que le projet de loi fut voté par le Corps législatif. Le législateur

se garde de reproduire les anciennes qualifications dont la plupart des coutumes gratifiaient le mari, et avant d'entrer dans l'énumération de ses droits sur la communauté, il pose en principe qu'il n'est qu'un simple administrateur : « le mari administre seul les biens de la communauté » (art. 1421). Il lui fait sans doute une large part dans l'attribution de ses pouvoirs : mais qu'on y songe, l'alinéa 2 de l'article 1421 qui confirme au mari le droit de vendre, d'aliéner et d'hypothéquer sans le concours de sa femme, n'est que la conséquence, le corollaire du premier : le mari administre seul les biens de la communauté. Oui, le mari a la libre disposition des biens communs ; mais ce droit est la résultante de ses devoirs d'administrateur. La preuve nous en est fournie par le Code lui-même. S'agit-il d'actes dont le caractère exclut toute idée de gestion, la loi les interdit au mari ; si elle les lui permet quelquefois, elle en détermine soigneusement la nature et l'étendue.

C'est ainsi, par exemple, qu'elle défend les donations entre vifs d'immeubles de la communauté. Permet-elle les dispositions à titre gratuit et particulier d'effets mobiliers, c'est parce qu'à raison de la modicité même qu'elles doivent avoir dans son esprit, la communauté n'en pâtit point. Les articles 1424 et 1425 ne sont d'ailleurs que l'application rigoureuse de ce principe. Les délits du mari, à raison de leur caractère incompatible avec toute idée d'administration, n'engagent point définitivement la communauté. Mais nous allons plus loin, et même en dehors de cette hypothèse, nous soutenons qu'il n'est point absolument nécessaire que le mari ait tiré de ses engagements ou de ses actes un profit personnel pour en devoir récompense à la communauté dont il a employé les deniers à son acquêt. Les actes étrangers à l'administration, ou ne rentrant point dans les termes exprès autant que dans l'esprit des articles 1421 et 1422, ne sauraient grever sans indemnité l'actif commun. Les quasi-délits, autres toutefois que ceux commis par le mari au cours de son administration, je les laisserais à la charge du mari, car la réparation doit être personnelle comme la faute,

sur tout quand on ne peut point trouver d'excuse dans l'exécution d'un mandat.

Ce que je dis des quasi-délits, je le dirais également des actes émanant du mari, et n'ayant leur cause que dans des sentiments de bienveillance portés même à des étrangers. Je veux parler de l'intercession du mari en faveur des tiers insolvable. Le mari se porte-t-il caution d'individus, même ses héritiers présomptifs, mais autres que des descendants en ligne directe, la plupart des auteurs ne voient dans ce fait que l'exercice d'une faculté légale, et refusent toute indemnité à la communauté dont les biens ont servi à désintéresser les créanciers. Il est étonnant cependant que les esprits les plus autorisés et les plus clairvoyants ne se soient pas aperçus de la fausse direction dans laquelle les entraînaient des idées préconçues. Le cautionnement gratuit est une libéralité au premier chef. Ses effets ne sont point limités; la caution peut être poursuivie sur tous ses biens, meubles comme immeubles. Et le législateur qui interdit les dispositions à titre gratuit des immeubles communs aurait intentionnellement fait exception en faveur d'actes de bienfaisance produisant un résultat identique; plus dangereux peut-être pour la communauté et pour la femme, car le mari se laisserait plus facilement entraîner à l'intercession qui n'engage que conditionnellement son crédit, qu'il ne consentirait une donation, dont l'effet est immédiat, et qui le dépouille irrévocablement! Mais d'ailleurs l'art. 1422 ne prohibe point que les libéralités immobilières faites dans la forme des donations. Directes ou indirectes, immédiates ou éventuelles, elles doivent être soumises aux mêmes règles.

La dissipation des valeurs communes en dépenses exagérées, folles et inutiles, ne donne pas lieu, il est vrai, à récompense. Mais il ne faut pas en chercher la raison dans cet adage, complètement faux, *maritus potest perdere, dissipare, abuti*. Le motif véritable, nous le trouvons dans ces quelques lignes de M. Colmet de Santerre : « Ces dépenses exagérées, folles, ou au moins inutiles, faites par le mari, qui en aura le plus sou-

vent profité.... Est-ce le mari seul, n'est-ce pas aussi bien la femme? La dissipation des valeurs communes n'est-elle pas bien souvent la conséquence d'une vie commune hors de proportion avec les ressources d'un budget de ménage mal réglé?.... »

« On peut dire cependant que le mari aura quelquefois dépensé seul et en dehors du ménage les valeurs communes, mais il devient alors difficile de distinguer quelles sont dans les prodigalités du mari celles qui ont été faites en commun et celles qu'il a faites pour lui seul?... » (65 bis III, t. VI).

Le principe général dont nous avons essayé de poser les bases pourrait se résumer en ces quelques lignes : Toutes les fois que le mari a employé les deniers communs sans qu'il en puisse résulter pour la communauté un avantage, il en doit récompense, à moins que ses obligations ne résultent d'actes de libéralité renfermés dans les limites de l'article 1422, de quasi-délits ou de fautes commises pendant l'administration de la communauté ou du patrimoine de la femme, à moins enfin que la dissipation des valeurs communes ne se soit traduite que par des dépenses exagérées, sans que le mari pourtant y trouvât un intérêt quelconque, c'est-à-dire sans autre but que la satisfaction du luxe.

Sans doute encore le mari n'est pas un administrateur ordinaire. Il ne doit point compte de ses fautes lourdes, quelque préjudice qu'il en soit résulté pour la communauté. Mais encore faut-il que sa gestion ne soit pas entachée de dol ou de fraude. *Fraus omnia corrumpit*. Il encourrait alors la responsabilité de ses actes.

A ces observations il importe de rattacher une question importante, à laquelle, fidèles à leur système, la plupart des auteurs ont donné une solution que nous ne pouvons admettre.

Une femme accepte la communauté, et dans le passif est comprise une obligation de garantie de son mari envers un tiers auquel il a vendu le propre de sa femme. Participera-t-elle pour moitié à cette obligation de garantie? Ou bien au contraire a-t-elle recours contre son mari pour sa part dans la

dette? On soutient, et, nous le reconnaissons, c'est l'opinion générale, que la qualité de commune, consolidée chez la femme par son acceptation, la soumet pour sa part à toutes les obligations contractées par le mari durant la communauté (Troplong, *Cont. de mariage*, vol. II, n° 730). Cependant, je répondrai, avec Pothier (*Traité de la comm.*, n° 253), que si la loi donne au mari la puissance qu'il a sur la personne et les biens de sa femme, et le droit de contracter tant pour elle que pour lui, et de la rendre, en sa qualité de commune, participante de toutes les obligations qu'il contracte, sans avoir besoin pour cela de son consentement, elle ne lui accorde ce droit qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les biens propres de sa femme sans son consentement (art. 1428, C. c.). Il a donc commis une contravention à la loi; et la menace d'éviction qui pèse sur le tiers provient du dol du mari, ou tout au moins d'une faute grave qu'il a commise en dehors de ses fonctions d'administrateur de la communauté. Cela suffit, suivant nous, pour laisser l'obligation de garantie tout entière à sa charge. En vain objecte-t-on que c'est une dette contractée par le mari durant le mariage, et par conséquent une dette de la communauté. Les dettes du mari ne sont pas toujours dettes définitives de communauté; nous en avons l'exemple dans l'article 1437.

Quant aux dettes de la femme, elles engagent également la communauté, lorsqu'elles ont été contractées avec l'autorisation du mari; mais si ces obligations n'intéressent qu'elle seule, quelle qu'en soit l'origine, contrats ou délits, elle doit remplacer les valeurs communes qui les ont éteintes. Et même, à raison de son exclusion normale des affaires de la communauté, la présomption est qu'elle s'oblige dans son intérêt seul, dans les actes et les contrats où elle figure seule, sauf à elle à faire la preuve contraire.

§ 1. Délits du mari ou de la femme.

Aux termes de l'article 1424, les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme. Pothier n'admettait pas que le mari dût une indemnité de ce chef. « Lorsque le mari a commis un délit pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que sa femme, qui n'y a eu aucune part, soit censée l'avoir commis avec lui ; mais elle n'en est pas moins censée s'être obligée avec lui en sa qualité de commune, à la réparation du délit, pour sa part en la communauté : cette réparation est une dette de la communauté, quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit..... Elle est pareillement tenue des amendes auxquelles le mari est condamné durant le mariage, soit en matière de police, soit en matière criminelle. » (Pothier, 248.)

L'article 1424 ne parle que des crimes, mais sa disposition doit être étendue aux délits. L'expression crime est générique, et lors de la rédaction du Code civil aucune classification légale ne divisait les faits illicites en crimes et délits. D'ailleurs la raison de décider est la même. Qu'importe le nom, si l'idée est toujours celle d'une faute pour laquelle est encourue une peine qui doit être essentiellement personnelle ?

Les amendes encourues pour contraventions donnent également lieu à récompense, par identité de motifs, à l'exception peut-être des amendes de discipline (Zachariæ, t. III, p. 441).

Mais la disposition de l'article 1424 doit-elle être étendue aux réparations civiles et aux dépens auxquels il serait condamné à raison de son crime ou de son délit ?

En nous référant aux idées développées plus haut, nous répondrions sans hésiter : Oui. En vain cherche-t-on à créer une distinction entre les peines et les dettes proprement dites. L'amende est une peine, dit-on, et comme les peines sont essentiellement personnelles, il était juste que la loi fit exception en faveur de la communauté pour ce cas spécial. Mais on

ne saurait assimiler à des peines les réparations civiles et les dépens : ce sont des dettes proprement dites imposées par la loi, car « tout fait qui cause à autrui un préjudice oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » (C. civ. 1382 : Dalloz, *Cont. de mar.* n° 977.)

En vain dit-on encore que les dommages et intérêts obtenus par le mari tomberaient dans la communauté, et que pour obéir au principe de réciprocité qui préside à la composition de l'actif et du passif communs, les choses mobilières, dues par le mari, entrent dans le passif quand, dues au mari, elles tomberaient dans l'actif. Ce principe n'existe point tel qu'on veut l'entendre. D'ailleurs il serait aussi bien applicable à la femme qu'au mari. Or il est admis par tous les auteurs que les réparations civiles dont est tenue la femme envers les tiers à raison de ses délits et même de ses *quasi*-délits ne peuvent s'exécuter, comme le recouvrement des amendes auxquelles elle est condamnée, que sur la nue propriété de ses propres pendant la communauté.

Ce système enseigné par Toullier (t. XII, n° 224 et 225, Troplong, n° 18) et consacré par un arrêt de la Cour de Douai du 30 janvier 1840, ne me semble point admissible. L'arrêt sus-cité s'appuie, pour refuser la récompense à la femme, sur la comparaison de l'art. 1424 avec l'ancien droit. Il considère « qu'en présence d'une jurisprudence constante, suivant laquelle toutes les condamnations pécuniaires, les amendes, réparations civiles et dépens prononcés contre le mari pour crimes ou délits n'emportant pas mort civile, s'exécutaient sur la communauté sans que la femme en pût demander la récompense, on ne peut admettre que le législateur, qui voulait y apporter une modification, eût employé l'expression restrictive, *les amendes*, s'il eût entendu que l'indemnité de la femme s'étendit à toutes les condamnations pécuniaires encourues par le mari. » Puis l'arrêt reproduit cette idée que les réparations civiles constituent, à la différence des amendes, des dettes de communauté, contractées sans doute par abus de la

puissance maritale, mais dont la femme ne doit pas moins supporter sa part, en vertu de l'ancien principe : *maritus potest perdere, dissipare, abuti*.

Mais, nous le répétons encore, là est précisément la question, les droits de disposition et de dissipation presque illimités que la plupart des coutumes reconnaissaient au mari, ont-ils été maintenus tels quels sous l'empire de la législation moderne ? Les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté n'ont-ils point subi de telles restrictions qu'il semble qu'on en puisse hardiment tirer cette conclusion que des réparations pécuniaires, dont l'importance est quelquefois une cause de ruine pour la communauté, et dont il est possible que l'exécution soit poursuivie sur les immeubles communs, que ces réparations pécuniaires, dis-je, provenant d'un fait délictueux et condamnable, n'engagent point, au moins définitivement, la communauté, pas plus que ne le font les donations immobilières, interdites absolument au mari ? En outre les réparations civiles et les dépens sont, comme les amendes, des conséquences immédiates du crime ou du délit. Est-il juste que la femme, étrangère à la faute, en réponde d'une manière plus que d'une autre ? (Dalloz, n° 977.)

Le résultat de cette distinction serait aussi bizarre qu'inadmissible. Supposons que les deux époux aient été condamnés pour le même délit à l'amende, à des dommages-intérêts et aux frais. La femme supporterait personnellement sa part dans les dommages-intérêts, tandis que la part du mari serait supportée par la communauté. Donc la femme contribuerait pour trois quarts au paiement des dommages-intérêts, et le mari pour un quart seulement, quoique aussi coupable que la femme. (Duranton, t. XIV, n° 298.)

§ 2. Donations.

Les donations immobilières sont interdites au mari (art. 1421). Il n'en est point de même des donations mobilières à titre

particulier, et sans réserve d'usufruit. Ces libéralités sont à la charge de la communauté, et ne donnent lieu à aucune récompense de la part du mari, à moins qu'il ne déclare expressément dans l'acte faire cette donation sur ses biens personnels (Cass., 18 mars 1862, S. 62, 1, 869). Cette exception édictée alors que la fortune mobilière n'avait point encore pris le développement qu'elle atteint de nos jours, provient de cette idée, fausse aujourd'hui, que les donations mobilières sont forcément modiques. Il eût mieux valu subordonner la validité de donation, non à la nature de son objet, mais à sa modicité.

La loi soumet à deux restrictions ces sortes de libéralités; elle défend toutes réserves d'usufruit, et exige en outre que la donation soit à titre particulier. Cette dernière restriction n'atteint par toujours le but poursuivi par la loi, qui est de mettre un frein aux largesses exagérées du mari. Celui-ci ne peut-il point donner des sommes d'argent excédant la valeur des immeubles ou constituant même tout l'actif mobilier de la communauté? Aussi nous ne pouvons nous résoudre à croire que la profusion envers des étrangers ne constitue point un dol envers la femme, dont celle-ci aurait le droit d'exiger la réparation, car la fraude vicie tout. Aussi MM. Rodière et Pont enseignent-ils que le mari ne saurait dépasser la limite, et épuiser la totalité des meubles par donations particulières et successives, car il y aurait là un moyen trop facile d'éluder la disposition qui prohibe les libéralités à titre universel (*C. de m.*, t. I, n° 666).

Le mari, disons-nous, peut faire les dispositions à titre gratuit qui rentrent dans les termes de l'article 1422, et même à son présomptif héritier ou à son enfant naturel non légalement reconnu. Ainsi la dot constituée par le mari à sa sœur serait valable sans récompense (Cassation, 30 avril 1865, § 62, 1, 1056). Il ne faudrait point cependant que le donataire fût une de ces personnes que la loi répute interposées, et sous le nom de laquelle le mari fût censé s'être avantagé lui-même, car la communauté aurait alors droit à une indemnité. Si nous

admettons avec Duranton (t. XIV, n° 47, et Troplong, n° 903), que les donations d'immeubles communs faites avec le consentement de la femme sont valables, la donation faite par les époux, conjointement et sans charge, d'un immeuble acquêt, ne donne lieu à aucune récompense, ni de la part du conjoint survivant, ni de la part des héritiers du prédécédé; car si le mari et la femme prennent dans le fonds commun, on ne peut dire que l'un se procure au préjudice de l'autre un avantage personnel (Cass. 29 av. 1851, § 51, 1, 313). Il est vrai que MM. Hodière et Pont soutiennent que les deux époux doivent récompense à la communauté, comme dans le cas où ils ont doté conjointement l'enfant commun (n° 952). Mais nous ne pensons pas que les deux cas se prêtent à cette assimilation. Si la constitution de dot en valeurs communes faite conjointement à des enfants communs donne lieu à récompense, c'est que l'établissement des enfants par leurs parents constitue une obligation naturelle, dont l'exécution tombe sous l'application de l'art. 1437.

La femme intervient-elle uniquement pour renoncer au droit de critiquer la libéralité, on admet également que la donation est valable.

Mais elle reste à la charge du mari qui doit récompense à la communauté de la valeur de l'immeuble donné.

La donation d'un immeuble acquêt a-t-elle été faite sous des charges dont l'un des époux a tiré un profit personnel, par exemple à la condition de faire à l'un des immeubles propres des réparations nécessaires, cet époux doit récompenser la communauté du montant des dépenses, parce qu'il en tire un profit personnel.

§ 3. Dots et établissements des enfants.

L'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour les obliger à lui procurer une dot ou un établissement par mariage ou autrement (C. civ., art. 204). Cependant il faut se rappeler

que l'art. 205 impose aux père et mère l'obligation d'élever leurs enfants. Cette obligation, jointe à l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, à leur désir de leur procurer une position appropriée à leur condition sociale, engendre pour eux une sorte de devoir moral de les établir et de les doter s'ils s'en montrent dignes. Les sacrifices précuniaires consentis par les parents constituent en somme l'exécution d'une sorte d'obligation naturelle (Troplong, 1208, 1210; Aubry et Rau, § 500, 4; Laurent XVII, 18, etc.).

Ainsi la dot constituée à l'enfant commun par le mari ou par les deux époux conjointement, en biens de la communauté, constitue l'acquit d'une dette naturelle dont les époux sont personnellement tenus. Et l'époux, ayant un enfant d'un premier mariage, qu'il dote, acquitte également une dette qui lui est purement personnelle.

1° Enfants d'un premier mariage.

Aux termes de l'article 1469 du Code civil, chaque époux doit le rapport des sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter son enfant d'un premier lit. C'est l'application pure du principe général de l'article 1457, car le conjoint donateur s'est libéré avec des deniers communs d'une obligation personnelle.

A mon avis ce n'est qu'au cas où la dot a été constituée au cours du mariage qu'il peut y avoir lieu à récompense. Cette question du reste a été suffisamment traitée déjà pour ne plus avoir à y revenir.

Peu importe que les deux époux aient assisté à l'acte et consenti à la libéralité; peu importe par exemple que le mari soit venu habiller sa femme. Cette coopération n'empêche point qu'il y ait acquittement d'une dette personnelle à l'un des conjoints: or l'article 1457 ne vise que l'opposition des intérêts, et non l'opposition des volontés (Douai, 28 décembre 1867, § 68, 1, 337).

Il est bien entendu que le mari, qui dote l'enfant de son premier mariage, ne le peut faire qu'en se conformant aux règles des articles 1421 et 1422 du Code civil, auxquelles l'article 1469 ne vient pas faire exception. Il ne peut donc disposer en sa faveur que de biens meubles. La donation comprend-elle un immeuble acquêt, il faut, du moins dans l'opinion des auteurs qui admettent la validité des dispositions immobilières faites par le mari avec le concours de la femme, que le consentement de la femme ait été réellement donné.

L'article 1469 ne parle que de la dot; mais il est évident que cette expression n'est pas restrictive. Le législateur s'est surtout préoccupé de l'importance de la libéralité dont le sum-mum est souvent atteint dans les constitutions de dot, et non précisément du but des donations. Ainsi l'établissement autrement que par mariage donnerait également lieu à récompense. Mais les donations ordinaires et modiques d'effets de communauté, les cadeaux, les frais de noces doivent être exceptés; à moins pourtant que les présents faits à l'occasion d'un mariage ne puissent, à raison de leur importance, être considérés comme constituant un trousseau.

2° Constitution de dot en faveur des enfants communs.

L'obligation d'acquitter la dot constituée en faveur d'un enfant commun pendant le mariage ne peut évidemment résulter que de la donation faite expressément dans le contrat de mariage ou d'un acte authentique antérieur au mariage : les époux ne seraient aucunement liés par une promesse de dot faite par acte sous seing privé ou par lettre missive (Troplong, 187, *Contrà, Aubry et Rau*, § 500, 6). Mais la remise de la main à la main des valeurs irrégulièrement constituées en dot devrait être considérée comme un don manuel.

Cette observation faite, plusieurs hypothèses peuvent se présenter :

1° La dot est constituée par le mari seul, en effets de la com-

munauté, sans aucune clause ni réserve. Elle est à la charge de la communauté; et au cas où la communauté est acceptée par la femme, celle-ci doit supporter la moitié de la dot. (C. civ., 1459). La dot est-elle payée, la somme ou l'objet donné sont sortis de la communauté, conformément à l'article 1422 du Code civil, et par conséquent sans principe de récompense contre l'un ou l'autre des époux. *Reste-t-elle due*, elle est, comme toute autre dette de la communauté, à la charge des époux ou de leurs héritiers pour moitié. Si la femme renonce à la communauté, elle est déchargée de l'obligation de contribuer au payement de la dot.

La dot constituée par le mari en faveur de petits-enfants issus d'un enfant commun, même du vivant de ce dernier, est soumise aux mêmes règles (*Contrà, Troplong*, 899).

Il faut remarquer que, en ce qui concerne l'établissement des enfants communs, le mari retrouve son droit d'aliénation dans toute son intégrité. Il peut donc disposer en leur faveur des immeubles communs, des meubles à titre universel; il lui est même permis de disposer de la totalité des biens communs (*Marcadé*, 1423, 5; *Laurent*, XXII, 14; *Cass.*, 2 janvier 1844, §, 44, 1, 9; *contrà, Duranton*, XV, 281). Il est cependant généralement admis que le mari ne pourrait faire ces libéralités sous forme d'institution contractuelle.

2° Le mari donateur déclare expressément qu'il se charge pour le tout de la dot, bien que constituée en biens communs. Cette déclaration expressément formulée exonère la femme. *Marcadé* donne la même solution dans l'hypothèse où le mari aurait constitué la dot en avancement d'hoirie sur sa propre succession.

Dans ces deux cas, le mari fait l'obligation sienne; en conséquence il doit récompense à la communauté de la totalité de la dot. Il en est de même au cas où le mari a déclaré qu'il se chargeait de la dot pour une part plus forte que la moitié (art. 1459), par exemple, pour les trois quarts. La dot est pour moitié à la charge de la communauté, à qui le mari doit

récompense de la moitié dont il entend rester personnellement tenu.

3° Le mari est en état d'absence ou d'interdiction ; la femme autorisée par justice dote l'enfant commun avec des valeurs ou des biens communs. Elle est censée représenter le mari et agir en son nom : la dot est à la charge de la communauté, sans récompense.

4° Le mari est présent, est capable, et c'est avec son autorisation que la femme dote l'enfant commun, toujours avec les biens de la communauté. A la différence de l'hypothèse précédente, elle est réputée avoir doté personnellement, et par suite elle doit récompense à la communauté du montant de la dot. En effet, les deux espèces ne se ressemblent point. Quand le mari peut agir, il doit agir. S'il ne le fait point, s'il se contente de donner son autorisation, il est présumable que c'est parce qu'il ne veut point s'engager (Voir en ce sens, Troplong, Toullier, Laurent, Aubry et Rau, etc.).

5° Le père et la mère dotent conjointement l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendent contribuer au paiement de la dot. Ils sont réputés avoir doté chacun pour moitié, que la dot ait été promise ou non en effets de la communauté (C. civ. 1438). Mais alors la dot n'est plus une charge de la communauté, c'est une charge personnelle aux époux ; de sorte que si elle est acquittée en biens de la communauté, chacun des époux doit récompense pour moitié (Marcadé, 1438, 1 ; Cass., 14 janvier 1856 ; S, 56, 1, 289). La femme est tenue pour moitié, qu'elle accepte ou qu'elle renonce. La dot a-t-elle été payée pendant le mariage avec des valeurs communes, la femme renonçante doit néanmoins, à la dissolution de la communauté, faire raison au mari de la moitié de la dot. Le motif est que ce n'est pas seulement comme commune que la femme est liée par la constitution de dot. Elle est intervenue personnellement à l'acte, elle s'est engagée en son propre nom : elle a donc contracté une obligation toute personnelle.

§ 4.

Nous terminerons ce chapitre par l'examen de quelques espèces particulières dans lesquelles nous trouverons encore l'occasion d'appliquer le principe des récompenses.

RACHAT D'UNE RENTE VIAGÈRE PERSONNELLE A L'UN DES ÉPOUX.

Généralement, sous le régime de la communauté légale les rentes viagères dues par les époux tombent en communauté, comme les autres dettes mobilières. Il arrive cependant par exception que ces rentes passives demeurent personnelles aux époux, et que la communauté ne soit tenue que des arrérages. On peut citer notamment comme exemple l'existence d'une rente viagère due à un tiers dans le passif d'une succession immobilière échue à l'un des époux. Cette rente reste personnelle à l'héritier. Supposons qu'elle soit rachetée pendant le mariage, et du consentement du créancier par le mari seul, si c'est à lui que l'hérédité est dévolue; dans le cas contraire par la femme avec le concours de son mari, ou par le mari seulement. A quelles conditions et dans quelle mesure est-il dû récompense à la communauté pour l'extinction de cette dette personnelle?

Il faut distinguer, selon Pothier. La personne sur la tête de qui la rente était créée est-elle décédée pendant le mariage, la communauté n'a droit à aucune récompense. En effet c'est elle seule qui par la mort du rentier profite du rachat, puisqu'elle seule eût été chargée de tous les arrérages courus jusqu'à l'extinction de la rente. Si au contraire le rentier viager survit à la dissolution de la communauté, l'époux débiteur de la rente profite aux dépens de la communauté du rachat de la rente; lui seul en effet eût dû en servir les arrérages à dater de la dissolution de la communauté jusqu'à la mort du rentier. Il doit donc indemniser la communauté. Marcadé, au contraire (tome V, p. 577), repousse cette dis-

tion et soutient que l'époux débiteur de la rente doit toujours, lors de la dissolution, restituer la somme payée, sans qu'il y ait à distinguer si le tiers est prédécédé ou non. La raison qu'il en donne et que nous généraliserons plus loin, c'est que la communauté, pas plus que tout autre prêteur de deniers, n'a à s'inquiéter si le rédempteur de la rente a fait une bonne ou une mauvaise affaire. « Du moment que c'est bien l'époux lui-même qui a racheté la charge dont il s'agit, il est clair que c'est lui qui doit payer le prix du rachat. Il faut décider autrement au cas où une rente viagère, due personnellement par la femme, est remboursée par le mari seul, sans le concours de la femme, et où le créancier prédécède. Le mari est présumé avoir fait l'opération pour le compte de la communauté. Si donc le créancier décède pendant la communauté, la femme ne doit aucune récompense (Marcadé, *lococitato*; Troplong, 1176). En effet si, d'après l'article 1437, la femme, aussi bien que le mari, doit indemniser la communauté de ce qui en a été tiré pour l'acquittement de ses dettes personnelles, encore faut-il qu'elle trouve un avantage réel dans ce paiement. Non que je veuille dire que le profit doive consister dans l'augmentation de l'actif de son patrimoine. Mais il faut cependant, quand elle ne consent à s'engager ni par sa signature ni par ses actes, qu'elle trouve, pour être soumise à l'action *negotiorum gestorum*, un intérêt quelconque à l'emploi personnel des deniers communs, dont on lui demande raison, par exemple pour éviter les poursuites d'un créancier dont la créance est exigible. Dans l'espèce au contraire, rien n'obligeait au remboursement de la rente viagère due par la femme. La communauté, représentée par le mari, se voyant en possession de capitaux disponibles trouvait dans l'extinction de la rente son intérêt comme la femme y pouvait trouver les siens. Elle faisait, dis-je, sa propre affaire, car les arrérages qu'il lui fallait servir sans récompense, dépassaient sans doute de beaucoup les intérêts que pouvait produire le capital représentatif de la valeur de la rente. Et puis le service

de ces arrérages par la communauté pouvait se prolonger très longtemps. Rien au contraire n'obligeait la femme à un remboursement précipité, puisque la rente n'était pas exigible. Les circonstances peuvent donc seules décider si l'avantage existe, et si par conséquent récompense est due.

L'un des époux apporte en mariage un immeuble qu'il a acquis au prix d'une rente viagère encore due, ou bien pendant le mariage il devient personnellement propriétaire d'immeubles qui lui restent propres, à la charge de l'acquit d'une rente viagère ; les arrérages de cette rente sont servis par la communauté. La communauté a-t-elle droit à récompense ? Si oui, comment se calcule la récompense ? La plupart des auteurs, se conformant aux principes qu'ils essayent d'imposer quand il s'agit de l'aliénation d'un propre en échange d'une rente viagère, décomposent les arrérages en deux éléments distincts, représentant, l'un, les revenus produits par la chose transmise, l'autre une fraction du capital dont l'amortissement se réalise partiellement par l'échéance de chaque annuité. Par suite l'époux débiteur de la rente devrait indemniser la communauté (Duranton, XIV, 190 ; Laurent, XXI, 421 ; Rouen, 40 mai 1862, Cass., 15 juillet 1863, S. 63, 529 ; *contra* : Marcadé, 1409, 8 ; tribunal de Nogent-le-Rotrou, 30 déc. 1871, D. P. 73, 3, 48).

Nous croyons avoir démontré que ces idées sont peu juridiques. Aux termes de l'art. 1409, Code civ., la communauté se compose passivement des arrérages et intérêts des rentes ou dettes passives et des créances, et la loi reste muette sur la question d'indemnité.

En outre les époux ne sont point, disions-nous, garants envers la communauté de la diminution de jouissance de leurs propres. Rien n'autorise non plus à les rendre responsables de l'excédent des intérêts de leurs dettes personnelles sur les revenus de leurs biens propres.

Le conjoint auquel il a été fait donation avant le mariage d'une somme d'argent, qui s'est porté, durant le mariage, héritier du donateur, et qui à ce titre a fait le rapport à ses cohéritiers pour avoir sa part dans les immeubles de la succession, doit récompense à la communauté, déduction faite de la valeur du mobilier mis dans son lot et tombé en communauté. Mais il n'est pas dû récompense lorsque la donation a été faite pendant le mariage, car la somme donnée n'est entrée dans la communauté que conditionnellement, c'est-à-dire à charge de rapport (Pothier n° 630).

Les époux doivent encore récompense à la communauté des charges, des contributions extraordinaires imposées sur la propriété foncière pendant le mariage, mais en capital seulement.

En général c'est par leur séparation du sol que les fruits naturels ou industriels sont acquis à la communauté et, notamment en ce qui concerne les coupes de bois, l'art. 590 refuse toute indemnité à l'usufruitier qui a négligé de faire les coupes pendant sa jouissance. Mais en matière de communauté, le législateur a craint que ces retards apportés dans l'exercice de l'usufruit ne servissent à déguiser la fraude, comme au cas où une récolte, excrue sur un propre, appartenant au mari, serait retardée et recueillie seulement après la dissolution de la communauté; ou, si le bien appartenait à la femme, au cas d'anticipation de la récolte, en prévision de la mort prochaine de celle-ci. Il fallait également prévenir les avantages indirects entre époux. Aussi l'art. 1403, § 2, consacre-t-il une règle toute particulière et spéciale au régime de la communauté : « Si les coupes de bois, qui pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers. »

La communauté ne doit pas récompense à l'époux propriétaire des labours et semences ni des frais de culture pour la récolte sur pied au moment de la célébration du mariage.

Mais par dérogation à l'art. 585 du Code civil, ce même conjoint doit récompense de ces frais à la communauté pour la récolte qu'il trouve sur pied au jour de la dissolution. La raison de cette différence est celle-ci :

Si l'article 585 affranchit réciproquement de toute indemnité l'usufruitier et le nu-propriétaire, c'est qu'ils sont, en égard aux impenses de culture, respectivement créanciers et débiteur l'un de l'autre. Il s'opère donc une compensation des deux récompenses. Mais les principes qui régissent la composition de l'actif et du passif de la communauté s'opposent à l'application de cette règle. En réalité les frais de labours et de semences exposés sur le propre d'un des époux lors du mariage ont été réellement payés par la communauté, ou sont tombés à sa charge. Les dépenses ont-elles été soldées avant le mariage, elles l'ont été avec des deniers qui seraient entrés plus tard dans la communauté, si le payement avait été différé. Les frais sont-ils encore dus, la dette, en sa qualité de mobilière, est devenue dette commune (Dalloz, *Cont. de mar.*, 684). Au contraire, les frais de culture faits au cours du mariage sur le propre de l'un des conjoints qui trouve, à la dissolution de la communauté, la récolte sur pied, sont soumis à la disposition générale de l'art. 1437.

Enfin, puisque la communauté a droit aux produits de l'industrie des époux, ceux-ci doivent lui rendre fidèlement compte des bénéfices qu'ils ont faits. Le conjoint qui ne se soumettrait pas à cette obligation lors de la dissolution de la société se rendrait coupable de recélé et encourrait la perte de sa part dans l'objet dissimulé ou dérobé (Troplong, n° 1198).

CHAPITRE III

DE LA QUOTITÉ DE LA RÉCOMPENSE

La récompense, dans notre hypothèse, c'est l'indemnité due à la communauté pour les sommes déboursées par elle dans l'intérêt des époux. Il faut donc, pour en fixer la quotité, déterminer la nature et l'étendue de l'intérêt que les époux peuvent trouver à ces avances, et par suite les limites dans lesquelles ils se trouvent obligés.

Abstraction faite des circonstances innombrables dans lesquelles les deniers communs sont employés autrement que dans l'intérêt de la communauté, on peut, croyons-nous, ranger l'immense variété de ces faits en deux classes auxquelles correspondront deux sortes de récompenses :

1° *Les récompenses pour déboursés nécessaires ;*

2° *Les récompenses pour déboursés utiles.*

Les avances nécessaires sont celles qui tendent à l'extinction de certaines dettes nées avant le mariage, et qui, bien que personnelles aux époux, sont néanmoins poursuivables contre la communauté, d'autres dettes encore que les époux ne pouvaient se dispenser de contracter sous peine d'éprouver un grave préjudice, telle que la saisie de leur propre patrimoine ; je qualifierai enfin d'avances nécessaires celles qui sont faites dans un but purement conservatoire.

Les dettes personnelles antérieures au mariage rentrent, disons-nous, dans cette catégorie. En effet le patrimoine propre du conjoint dont elles proviennent est obligé tout entier au paiement de ces dettes. Le paiement fait en deniers communs libère l'époux débiteur d'une obligation dont l'exécution forcée pouvait être poursuivie sur ses propres biens et dans toute son étendue. La récompense doit donc être égale au montant des avances, à moins toutefois que ces avances ne soient inconsidérément supérieures à la dette.

Telles sont encore, parmi les obligations contractées pendant le mariage, les dettes ou charges relatives à l'acquisition d'un propre résultant du retrait d'indivision (article 1408), de l'abandon d'un immeuble par un ascendant à l'un des époux pour le remplir de ce qu'il lui doit ou payer ses dettes, etc., etc. Le paiement du prix de la portion indivise donne lieu à une récompense égale au prix versé, sans que le conjoint acquéreur sur licitation puisse arguer qu'il a payé la part de son copropriétaire au delà de sa valeur, et sans qu'il lui soit permis de recourir à une estimation. La loi elle-même fait l'application expresse de ce principe dans l'article 1408 : en matière de retrait d'indivision, et dans le cas principalement où la femme a la faculté d'option, elle doit, si elle retire l'immeuble, rembourser à la communauté le prix de l'acquisition.

Il en est de même des impenses nécessaires faites sur les propres époux : la récompense doit toujours être égale à la somme qu'elles ont coûtée à la communauté, quand bien même l'immeuble aurait péri ensuite par cas fortuit. En effet tout retard apporté dans l'exécution de travaux dont la nécessité s'impose est capable de causer la ruine ou tout au moins la dégradation de l'héritage. Si la dépense n'était pas faite avec les deniers de la communauté, l'époux propriétaire, à moins d'encourir les conséquences ruineuses de sa négligence, eût été obligé de prendre sur ses propres biens l'argent nécessaire dont la communauté consent à lui faire l'avance : *Hactenus locupletior est, quatenus propriæ pecuniæ pepercit.*

Les avances utiles sont celles qui sont faites en vue d'impenses utiles. Il arrive le plus souvent sans doute que ces impenses présentent un avantage réel, et procèdent de l'intérêt bien entendu des conjoints. Mais il n'est point rare également, comme nous l'avons déjà vu, qu'elles n'offrent qu'une utilité minime (dépenses somptuaires).

Nous ne nous occuperons pour l'instant que des dépenses réellement utiles. Deux cas peuvent se présenter : 1° la plus-value de l'immeuble résultant de ces dépenses n'a point sen-

siblement diminué à la dissolution du mariage; il est évident que la récompense est égale au montant des déboursés. 2° La plus-value est inférieure aux dépenses. Ici les opinions se séparent.

Les impenses utiles, dit-on dans un premier système, sont celles qui n'étaient point indispensables et qu'on pouvait parfaitement se dispenser de faire sans s'exposer à voir périr ou se détériorer l'héritage. Le conjoint propriétaire ne s'est donc point trouvé placé dans l'alternative inéluctable d'employer à ces impenses les deniers communs ou les siens propres. L'indemnité n'est donc que du montant de la plus-value. (Dal-loz, 1536, Pothier, 636, Toullier, t. XIII, n° 109.) Duranton (t. XIV, 323 et 324) professe la même opinion dont il prétend trouver la consécration dans l'article 1457. Il est de principe, selon lui que la récompense n'est due « que jusqu'à concurrence de ce que l'époux a profité de la récompense. » M. Glandaz soutient également que l'époux ne doit récompense à la communauté que jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré. Enfin, dit M. Colm. de Santerre (84 bis, 111), « le déboursé a été fait du consentement du mari, non seulement quand il s'agissait de ses propres, mais aussi quand il s'agissait de ceux de sa femme; par conséquent, dans le déboursé, la partie qui dépasse le profit retiré par l'époux propriétaire n'est pas autre chose qu'une valeur dissipée par le mari. Or le mari a le droit de dissiper les valeurs communes sans être tenu à récompense. » Cette doctrine entraînerait de graves conséquences. Car une fois admis le principe que la récompense ne peut jamais excéder le profit retiré des dépenses, il est illogique de chercher des biais pour se mettre d'accord avec la loi, quand elle condamne elle-même le système. Il faudrait aller jusqu'à dire que, dans l'hypothèse du paiement par la communauté du prix de portion d'un immeuble indivis, dont l'acquisition constitue un propre, le conjoint propriétaire aurait la faculté de quereller la communauté, de soulever la prétention que la valeur de l'acquisition est inférieure au prix déboursé, et verrait

ses réclamations triompher ! Mais l'article 1408 est là qui a tranché la question dans un sens absolument contraire, et qui ne laisse aucun doute à ce sujet : l'époux prendra l'immeuble, « sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition ».

L'argument de texte que nos adversaires vont chercher dans l'article 1457 n'est guère concluant. Aux termes de cet article, dit-on, « toutes les fois que l'époux a tiré un profit personnel de la communauté, il en doit la récompense ». Donc ce n'est qu'autant qu'il y a profit qu'il est dû récompense, et par suite dans la mesure de ce profit.

Mais cet argument de texte est dangereux, car il peut se retourner contre ceux qui l'emploient.

En effet l'article 1457, *in principio*, est ainsi conçu : « Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme par l'époux ». Et la disposition finale : « il en doit la récompense », qui se rapporte également à cette prévision, peut s'entendre aussi bien de la récompense de la *somme prise* que de la récompense du *profit tiré* (Marcadé, art. 1457, I) ; de telle sorte que la question n'est pas plus tranchée dans un sens que dans l'autre.

La manière de voir de Pothier se justifiait jusqu'à un certain point, car, d'accord en cela avec la plupart des coutumes, il voyait dans le mari « le maître et seigneur de la communauté ». Or il n'en est plus ainsi aujourd'hui, et nous avons essayé de démontrer que la volonté du législateur, l'esprit de la loi et les dispositions même du code étaient contraires à cette idée. Dans le mari sont réunies deux qualités nettement définies quoi qu'on en dise : celle d'administrateur de la communauté et celle de propriétaire d'un patrimoine personnel. Quand il agit dans les limites très vastes, je le reconnais, de son administration, dans l'intérêt bien ou mal entendu de la communauté, j'accorde qu'il est irresponsable. Mais quand c'est dans un intérêt purement personnel qu'il puise dans la communauté, il ne la représente plus : il est assimilable à un

emprunteur ordinaire, et la communauté joue à son égard le rôle de prêteur. Qu'importe à celle-ci qu'il n'ait point retiré de son emprunt tout le bénéfice qu'il en attendait ? Le prêteur doit-il entrer dans ces considérations ?

Mais, ajoute-t-on, ce que la communauté perd d'un côté avec ce mode de calcul, elle le gagne amplement de l'autre ; car les améliorations apportées au propre en augmentent le rapport en même temps que la valeur : dans cet excédent elle trouve une compensation de la perte qu'elle éprouve en recevant moins qu'on ne lui a pris. C'est une erreur. D'abord la communauté trouvait dans les intérêts du capital employé à ces impenses le profit qu'elle peut retirer des améliorations ; ensuite, puisque nous supposons la plus-value inférieure au montant des dépenses, à l'époque de la dissolution de la communauté, il est probable également que la quote-part du produit de l'immeuble proportionnel à cette plus-value est elle-même moindre que le revenu qu'eût continué à produire le capital dont la communauté eût conservé la jouissance.

Ce que nous disons du mari doit, à plus forte raison, s'appliquer à la femme, qui a dirigé elle-même l'emploi des deniers communs sur ses propres, ou y a donné son consentement. Elle se trouve alors vis-à-vis de la communauté dans la situation d'un emprunteur ordinaire. On ne saurait donc admettre avec la Cour de Douai (16 juillet 1853, D P 54, 2, 6, 2,) que l'époux propriétaire du propre, sur lequel ont été faits des travaux utiles, ne doit récompense à la communauté que jusqu'à concurrence de la plus-value apportée à ses propres, et cela « encore bien que celui des époux qui est propriétaire du propre et la femme par exemple, ait consenti à l'exécution des travaux », pour cette raison que le caractère de l'impensé se détermine par la nature des travaux et non par des consentants et des signatures apposés au bas des actes.

Que si au contraire la femme n'avait pas été consultée sur l'utilité, l'opportunité et l'étendue des travaux, son engagement envers la communauté se mesure simplement à la plus-

value donnée à ses biens par ces dépenses. « Cette plus-value n'est autre que la différence existant entre la valeur actuelle des biens et la valeur qu'ils auraient eue si les dépenses n'avaient pas été faites. Et par ce mot valeur, il faut entendre une valeur réelle, intrinsèque, indépendante des éventualités accidentelles ou des circonstances plus ou moins éphémères, pouvant appeler momentanément la faveur ou la défaveur sur les biens, et indépendante aussi du chiffre des dépenses. » (Metz, 24 décembre 1869, *D. P.*, 71, 2, 36.)

Mais il peut arriver que l'avance des deniers communs n'ait point seulement profité à l'époux, et que l'affaire, dont il tire avantage, ait été en même temps l'affaire de la communauté, agissant pour elle-même. Alors le conjoint ne joue plus vis-à-vis d'elle le rôle d'emprunteur. Le bénéfice réalisé par lui n'est que la conséquence, indirecte tout au moins, fortuite peut-être, de l'opération passée au compte de la communauté, qui n'a contre l'époux que l'action de *in rem verso*, ou l'action *negotiorum gestorum* suivant les cas, par application du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (Marcadé, art. 1437). Et alors même que l'intérêt personnel de cet époux eût été pris en considération lors de la conclusion de l'affaire, néanmoins l'avantage retiré par la communauté doit entrer en ligne de compte dans le calcul de la récompense.

Ainsi, dans l'hypothèse du rachat avec les deniers communs d'une rente viagère personnelle à l'un des époux, si la dissolution de la communauté arrive du vivant du rentier viager, on doit recourir à une sorte de ventilation, si le conjoint débiteur de la rente profite de son extinction, la communauté y trouve également un avantage incontestable, étant donné, bien entendu, que les arrérages de cette rente viagère sont supérieurs aux intérêts du capital employé au remboursement. En effet, elle seule est tenue au paiement de ces arrérages : elle profite donc exclusivement de la différence entre ces intérêts et ces arrérages, multipliée par le nombre d'années écoulées depuis le rachat jusqu'à la dissolution de la communauté. D'un autre

côté, l'époux, libéré de l'obligation de servir la rente, doit une indemnité de ce chef.

En appliquant les principes que nous croyons les seuls vrais, voici sur quelles bases nous ferions reposer le calcul de la récompense. Si le mari était débiteur de la rente, il est forcément partie au rachat, et doit à la communauté le montant de l'emprunt qu'il a contracté envers elle, sous la déduction de la somme différentielle entre les intérêts du capital employé et les arrérages courus depuis le remboursement. Quant à la femme, est-elle restée étrangère au rachat, elle ne doit indemnité à la communauté que jusqu'à concurrence du profit qu'elle y trouve. Accepte-t-elle la communauté, elle doit continuer le service de la rente à son conjoint, pour la part que celui-ci prend dans les biens de la communauté, pendant le temps qu'eût duré la rente, si le rachat n'avait pas eu lieu. Si elle renonce, elle doit le service intégral de la rente pendant le même temps.

Mais si la femme a été partie ou consentante au rachat, elle est assimilable au mari.

Si le créancier prédécède, une distinction est à faire : le mari, dans tous les cas, et la femme, si elle a consenti au rachat de la rente dont elle était débitrice, sont tenus à la restitution du capital, sous la même déduction.

La femme y est-elle restée étrangère, elle est complètement libérée.

Dans le droit coutumier, si la dette personnelle à l'un des époux, acquittée par la communauté, était une rente perpétuelle, on considérerait cette rente non pas comme éteinte, mais comme acquise par la communauté (*Cout. de Paris*, art. 245). L'époux débiteur était libre de racheter la rente qu'il devait, pour le même prix, ou d'en continuer le payement. Cette décision est généralement abandonnée. La rente perpétuelle rachetée par la volonté ou avec le consentement de l'époux débiteur, sans distinction entre le mari et la femme, doit être considérée comme éteinte, moyennant indemnité.

Cependant, si la rente due par la femme est rachetée par le mari sans le consentement de celle-ci, la femme a le droit d'option entre le remboursement du prix de rachat ou le service de la rente pour moitié si elle accepte, pour le tout si elle renonce (Rod. et Pont, n° 723, Troplong, n° 1173).

CHAPITRE IV

DE LA PREUVE ET DE L'EXERCICE DES RÉCOMPENSES DE LA COMMUNAUTÉ CONTRE LES ÉPOUX

§ 1. De la preuve.

L'époux débiteur de la récompense ayant seul intérêt à s'y soustraire, c'est un droit en même temps qu'une obligation pour son conjoint d'en rapporter la preuve.

Cette preuve se trouve naturellement dans l'inventaire que l'époux survivant doit faire dresser dans les trois mois de la dissolution de la communauté (art. 1442). Cet inventaire, dont le défaut entraîne pour l'époux survivant la perte de la jouissance des biens des enfants mineurs, doit contenir le compte fidèle et exact des valeurs et des créances que comprend l'actif de la communauté. Or parmi ces créances sont compris les emprunts faits par l'époux survivant, fût-il lui-même débiteur de la communauté ; il est évident qu'il est de son devoir de ne rien dissimuler des récompenses dont il est tenu ; autrement il se rendrait coupable de recel (art. 1477), et serait privé de sa part dans les valeurs dissimulées.

Mais comment se fera la preuve de l'inexactitude ou de la fausseté de l'inventaire ? Il faut encore distinguer entre le mari et la femme. Si le mari est le survivant, et qu'il ait omis, intentionnellement ou non, de comprendre une somme employée dans son intérêt personnel, par exemple des valeurs communes consacrées au payement du prix d'un immeuble propre, les héritiers de la femme, étrangère à l'administration de la communauté, peuvent recourir à tous moyens de preuves, au témoignage, aux présomptions, à la commune renommée pour rétablir dans son intégrité la consistance de l'actif commun ; une expédition du titre de vente ou de la quittance notariée, le témoignage du vendeur, l'interrogatoire du mari sur faits et articles, une diminution considérable du patri-

moine commun, dont la cause n'est pas suffisamment justifiée suffiront à édifier la justice sur l'enrichissement du mari au détriment de la communauté.

Le mari a-t-il omis par erreur dans l'inventaire une créance de même nature contre la femme, ou la dette est-elle contestée par la femme ou ses héritiers, il ne jouit pas des mêmes facilités de preuve. S'agit-il de contrats passés avec des tiers au nom et dans l'intérêt de la femme, ou de l'exécution de ses engagements, il était du devoir du mari, comme de tout administrateur légal, de retenir soigneusement par devers lui les titres constatant les obligations de la femme et leur extinction. S'il ne peut représenter ces titres, il tombe sous l'application de l'article 1515 et est déchu de son droit à la récompense ; à moins pourtant qu'il ne démontre que l'impossibilité où il est de rapporter la preuve littérale de la dette de la femme a pour cause le dol de cette dernière ou de ses héritiers qui détiennent indûment et sciemment les pièces dont il a besoin. *Fraus omnia corrumpit.*

Est-ce la femme qui, à cause du prédécès du mari, était chargée de la rédaction de l'inventaire, il fait foi contre elle, et contre les héritiers du mari quand ils ont coopéré à la confection de cet acte. Si les héritiers du mari contestent les créances de la communauté contre lui, la femme en fait la preuve par tous moyens. S'ils prétendent au contraire, que la femme passe sous silence les récompenses dont elle est tenue, ils jouissent de la même faveur, car c'est la femme qui continue l'administration et a en main les titres; il lui est donc facile de les détourner.

Quand il n'y a pas eu d'inventaire, on doit appliquer les mêmes règles que lorsque l'inventaire est inexact.

§ 2. De l'exercice.

Le principe à ce sujet se trouve dans l'article 1468 du Code civil : « Les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des

biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense d'après les règles ci-dessus. »

Le rapport n'est pas soumis aux règles des art. 868 et 869 du Code civil, au titre des successions, et suivant lesquels il devrait avoir lieu en moins prenant.

En effet, le rapport des récompenses constitue un rétablissement à la masse, et son effet est de replacer la communauté dans le même état que si la dépense n'avait pas été effectuée. Il doit être réel et former un élément actif, assimilable aux autres créances actives de la communauté. L'article 1476, il est vrai, renvoie au titre des successions pour le partage, en ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles, les effets du partage, la garantie, et les soultes, mais il est limitatif (Marcadé, 1476 ; Cass., 15 mai 1872). Néanmoins on admet que le rapport peut être effectué fictivement quand il ne lèse pas les droits des époux, soit à cause des prélèvements qu'il a à opérer, soit relativement aux droits que l'époux prédécédé aurait conférés à son conjoint (Cour d'Amiens, 10 avril 1861, S. 61 ; 11, 413).

TROISIÈME PARTIE

DES RÉCOMPENSES ENTRE ÉPOUX

L'article 1478 suppose expressément qu'il peut exister entre les deux époux des rapports personnels de créancier à débiteur : « Après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, comme lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle de l'autre époux, ou pour toute autre cause, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci, dans la communauté, ou sur ses biens personnels. » L'exemple que cet article cite, et qui n'est point le seul que l'on puisse trouver, est emprunté à Pothier (Comm., n° 676). Il faut, pour que la créance existe directement au profit de l'un des conjoints contre l'autre, que les deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un immeuble de l'un des époux *aient été employés directement* à l'extinction de la dette personnelle à l'autre époux. On peut supposer qu'une créance propre ait été déléguée au tiers créancier, ou encore qu'un immeuble propre à celui-ci, hypothéqué à la dette de celui-là, ait été saisi, et qu'un ordre se soit ouvert sur le prix entre les créanciers hypothécaires.

Mais si les valeurs ou le prix étaient venus, ne fût-ce que pour un instant, se confondre dans la caisse commune, l'article 1478 ne serait plus applicable, et l'on rentrerait dans les hypothèses des articles 1433 et 1437. Le versement des deniers dans la communauté et l'emploi de ces deniers au profit de l'un des conjoints donnerait naissance à deux sortes de récompenses, récompense contre la communauté, et récompense d'une somme égale au profit de la communauté. « C'est là un point important à préciser, en ce que les intérêts dont l'époux débiteur doit tenir compte, ont un point de départ différent, sui-

vant qu'il est débiteur de son conjoint ou de la communauté (Rod. et Pont, *Comm. leg.*, 965). »

Voici en effet l'intérêt qui existe dans cette distinction. Les récompenses dues par la communauté ou à la communauté s'exercent avant le partage, c'est-à-dire qu'elles entrent en complément ou en déduction dans l'actif à partager (art. 1468 et 1470). Au contraire l'époux créancier ne peut poursuivre les récompenses qui lui sont dues personnellement par son conjoint, qu'une fois le partage consommé (1478) et sur la part échue à celui-ci dans la communauté ou sur ces biens personnels.

Le résultat est donc tout différent. Le conjoint créancier ne prélevant plus sa récompense sur la masse de la communauté, avant tout partage, mais sur la part de communauté afférente à son conjoint, et sur les biens personnels de celui-ci, il conserve intacte sa moitié dans la masse commune. Si l'on procédait autrement, si ces reprises s'exerçaient, comme les autres, sur l'actif commun et encore indivis, l'époux, copropriétaire pour moitié de cet actif, ne recevrait en réalité que la moitié de ce à quoi il a droit.

Signalons immédiatement cette autre différence, résultant de l'article 1479, que ces créances personnelles ne portent intérêt que du jour de la demande en justice.

L'acquittement d'une dette personnelle à l'un des époux par l'autre, n'est point, avons-nous dit, la seule cause de récompense qui puisse exister entre eux.

On pourrait citer notamment les espèces suivantes :

Une somme due par l'un des époux à l'autre antérieurement au mariage est exclue de la communauté.

Un des époux recueille pendant le mariage une créance contre son conjoint, exclue également de la communauté.

Le mari qui garantit solidairement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel en est aussi tenu sur ses biens personnels et ceux de la communauté ; mais s'il est inquiété, il a un recours contre elle, soit sur sa

part dans la communauté, soit sur ses biens personnels.

Les époux constituent conjointement une dot à leur enfant, soit pour moitié, soit pour portions inégales, soit par imputation sur la succession du premier mourant. L'un d'eux l'a payée en totalité ou pour partie en l'acquit de son conjoint. Il a droit à la récompense contre celui-ci pour la somme versée.

Les époux sont tenus des dettes communes, chacun pour moitié. Si l'un d'eux, par l'effet d'un hypothèque, se trouve obligé de payer au delà de sa moitié, il a l'action en recours contre son conjoint ou ses héritiers pour ce qui excède sa moitié.

De même si la femme ou ses héritiers ont fait procéder à l'inventaire, et payent, pour la même cause, au delà de leur émolument, ils ont droit à la récompense contre le mari pour tout ce qui excède cet émolument.

Enfin les donations que l'un des époux a pu faire à l'autre ne s'exécutent que sur la part du donateur dans la communauté ou sur ses biens personnels.

Quid des délits ou quasi-délits par lesquels l'un des époux a détérioré les biens personnels de son conjoint?

Pour la femme, la question ne présente aucune difficulté (C. pr., article 1424). Elle doit indemniser le mari comme tout étranger sur son patrimoine propre. Quant au mari, il y a doute. Pourtant nous croyons avoir déjà résolu implicitement le problème, quand nous avons cherché à établir plus haut que le mari n'était pas le dispensateur absolument irresponsable des biens communs, et que ses actes n'engageaient définitivement la communauté que lorsqu'on y pouvait trouver le principe d'un intérêt quelconque pour cette dernière. Du moment, disions-nous, où les dettes contractées par lui ne proviennent que de son propre fait, il faut élargir la règle tracée dans l'article 1424 pour les amendes; c'est-à-dire le soumettre au rapport des sommes communes dont il a fait usage pour se décharger des obligations ou condamnations civiles résultant soit de ses engagements licites dont la communauté ne pouvait rien attendre, soit de ses actes illicites dont il ne peut trouver l'excuse dans sa

gestion. Or quand c'est précisément le patrimoine de la femme qui souffre de ces faits, quels qu'ils soient, contrats, quasi-contrats, délits ou quasi-délits, il serait injuste que le mari fût couvert par la communauté, il ne le serait pas vis-à-vis des tiers. Il n'a point agi pour la communauté, ni comme chef de la communauté; la communauté est donc déchargée de la responsabilité de ses actes.

Le mari est donc tenu directement envers la femme de la réparation du tort qu'il a causé. Mais ce n'est point comme associée, comme ayant droit à la restauration intégrale de la communauté que la femme exercera son recours contre le mari. Elle seule a éprouvé le préjudice, elle seule par conséquent a droit à toute l'indemnité. Si donc le mari puise dans la caisse commune pour désintéresser la femme, celle-ci peut néanmoins exiger de lui le rapport intégral de l'emprunt qu'il a fait.

Mais si les faits préjudiciables à la femme consistent dans de simples omissions relatives à la conservation de ses propres, dans l'oubli d'actes conservatoires, enfin dans des fautes que ne commettrait pas un bon père de famille, la responsabilité du mari est cependant dégagée, *quia facere debuit*.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° A l'origine de Rome le principe de la restitution de la dot était inconnu.

2° La défense faite au mari de restituer la dot pendant le mariage n'a point pour cause unique la prohibition des donations *inter conjuges* ; elle se rattache surtout aux principes de la loi Julia.

3° Au temps des jurisconsultes, la femme est créancière des biens dotaux.

4° Il n'est pas nécessaire, pour que le mari puisse employer le fonds dotal à l'acquittement des dettes de la femme, que celle-ci n'ait pas de biens paraphernaux.

5° Le fonds constitué en dot cesse d'être dotal quand les dépenses faites successivement sur lui égalent ou dépassent sa valeur totale. Mais il redevient dotal si la femme rembourse le mari.

DROIT CIVIL

1° L'époux dont l'immeuble propre a été aliéné moyennant la constitution d'une rente viagère, n'a droit qu'à la reprise de cette rente elle-même à la dissolution de la communauté.

2° La vente d'un immeuble propre dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration du mariage ne donne pas droit à récompense pour le prix d'aliénation.

3° La communauté ne devient pas toujours propriétaire des meubles des époux.

4° La loi de 1810 n'a point modifié l'article 1403 en ce qui concerne la dévolution des produits des mines et des carrières ouvertes sur les immeubles propres aux époux.

5° La dot constituée à l'un des enfants issus d'un premier mariage, et payée par la communauté, ne donne pas lieu à la récompense.

6° Le législateur moderne ne voit dans le mari qu'un administrateur *cum libera*.

7° La femme même acceptante n'est tenue pour sa part ni de la garantie ni des dommages-intérêts, lorsque son immeuble propre a été vendu par son mari sans son consentement.

8° Le consentement de la femme permet au mari de faire les actes que les articles 1421 et 1422 lui interdisent.

9° L'aliénation d'un immeuble commun moyennant une rente viagère réversible sur la tête du survivant porte atteinte aux règles de l'article 1395.

DROIT COUTUMIER

1° On doit rechercher l'origine de la maxime : le partage a un effet déclaratif, dans les tendances de réaction contre les profits seigneuriaux.

2° La communauté provient surtout de la pratique des communautés taissables.

DROIT INDUSTRIEL

1° La couleur d'un produit ne constitue par une marque de fabrique.

2° Il est interdit d'introduire sur le territoire des objets contrefaits, quand même ils seraient mis en entrepôt, ou circuleraient en transit.

DROIT INTERNATIONAL

1° La prescription libératoire des actions qui dérivent d'une obligation est régie par la loi même qui gouverne l'obligation.

2° Par application du principe de la liberté des mers, les

belligérants ne peuvent visiter les navires neutres pour vérifier s'ils ne portent point de contrebande de guerre.

3° Quand un Français, accusé de crime et réfugié à l'étranger, est extradé et traduit devant les tribunaux, il ne peut élever des exceptions fondées sur l'illégalité de l'acte.

DROIT CRIMINEL

1° Le fait matériel de la contrefaçon d'un objet breveté suffit pour constituer le délit, sans que l'auteur de la contrefaçon puisse invoquer son ignorance ou sa bonne foi.

2° Le complice est passible de l'aggravation de peine encourue par l'auteur principal à raison d'une qualité spéciale à ce dernier, lorsque cette qualité affecte la criminalité du fait.

3° Un héritier peut être exclu d'une succession comme indigne pour avoir attenté aux jours du défunt, alors même que le crime a été déclaré excusable.

Vu par le président de la thèse,
E. DEMANTE.

Vu par le doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris : LIED.

